١٠١٧

مِفتاحُ الكرامَة

في شرح قواعد العلامة

للفقيه المتتبع

السيد محمد جواد الحسيني العاملي قدس سره

المتوفى سنة ١٢٢٦ هـ

حققه وعلق عليه

الشيخ محمد باقر الخالصي

الجزء السابع عشر

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

١٠١٧

مفتاح الكرامة

في شرح قواعد العلّامة

للفقيه المتتبّع

السيّد محمّد جواد الحسيني العاملي قدّس سرّه

المتوفّى سنة ١٢٢٦ هـ

حقّقه وعلّق عليه

الشيخ محمّد باقر الخالصي

الجزء السابع عشر

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة

حسيني عاملي، محمّدجواد بن محمّد، ۱۱۶۰ـ۱۲۲۶ ق.
مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلّامة [حسن بن يوسف الحلّي] / تأليف محمّدجواد الحسيني العاملي، حقّقه وعلّق عليه الشيخ محمّدباقر الخالصي. ــ مؤسّسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة. ۱٤۱۹ ق. = ۱۳۷۷ ش.
ج ۱۷ ــ (مؤسّسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة، ۱۰۱۷).
شابك دوره ۷ـ ۰٦۲ ـ ٤۷۰ ـ ۹٦٤
ISBN 964 - 470 - 062 - 7
عربي.
فهرستنويسى بر اساس اطلاعات فيپا.
ج ۱۷ (چاپ اوّل: ۱٤۲۷ ق = ۱۳۸۵ ش)
كتابنامه.
۱. علّامه حلّى، حسن بن يوسف، ٦٤۸ـ۷۲٦ ق. قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام ــ نقد و تفسير. ۲. فقه جعفرى ــ قرن ۸ ق. الف. علّامه حلّى، حسن بن يوسف، ٦٤۸ ـ ۷۲٦ ق، قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام. شرح. ب. خالصي، محمّدباقر، ۱۳۲۱ ـ، محقّق. ج. جامعهٔ مدرّسين حوزهٔ علميهٔ قم، دفتر انتشارات اسلامى. د. عنوان. هـ. عنوان: قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام. شرح.
BP ۱۸۲ / ۲ / ۸ ع ۸ ق ۹۰۲۱۳
۱۳۷۷
۲۹۷ / ۳٤۲
كتابخانهٔ ملّى ايران
۷۸ـ۱۸۱۵۳ م

مفتاح الكرامة

(ج ۱۷)

■ تأليف: الفقيه المتتبّع السيّد محمّد جواد العاملي ﷺ □
■ الموضوع: الفقه □
■ تحقيق: الشيخ محمّد باقر الخالصي □
■ طبع ونشر: مؤسّسة النشر الإسلامي □
■ عدد الصفحات: ۹۳٦ □
■ الطبعة: الأولى □
■ المطبوع: ۵۰۰ نسخة □
■ التاريخ: ۱٤۲۷ هـ. ق. □
■ شابك ج ۱۷: شابك ۹ ـ ٦۵۷ ـ ٤۷۰ ـ ۹٦٤ □
ISBN 964 - 470 - 657 - 9

مؤسّسة النشر الإسلامي
التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة

بسم الله الرحمن الرحيم

بقيّة

كتاب الدّين وتوابعه

المقصد الخامس
في الصلح

وفيه فصول ثلاثة:

الأوّل

الصلح عقدٌ سائغٌ شُرّع لقطع التجاذب،

﴿المقصد الخامس: في الصلح، وفيه فصول ثلاثة: الأوّل﴾

[في تعريف الصلح]

قوله: ﴿الصلح عقدٌ سائغٌ شُرّع لقطع التجاذب﴾ أجمعت الأُمّة على جواز الصلح في الجملة، ولم يقع بين العلماء خلاف فيه كما في «التذكرة[1] والمهذّب البارع[2]» وعليه إجماع المسلمين كما في «المبسوط[3] والسرائر[4]» وإجماع العلماء كافّة كما في «التحرير[5]» وقد نقل عليه إجماعنا في عدّة مواضع ونفي عنه الخلاف بيننا كذلك.

---

(١) تذكرة الفقهاء: في ماهية الصلح ج ٢ ص ١٧٧ س ٥.

(٢) المهذّب البارع: في الصلح ج ٢ ص ٥٣٦.

(٣) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٨٨.

(٤) السرائر: في حقيقة الصلح ج ٢ ص ٦٤.

(٥) تحريرالأحكام: في الصلح ج ٣ ص ٧.

وقد طفحت بهذا التعريف كتبهم «كالوسيلة[١] والشرائع[٢] والنافع[٣] والتحرير[٤] والتنقيح[٥]» وغيرها[٦]. وقضيّته اشتراطه بسبق الخصومة، لأنّ القاطع للتجاذب مسبوق به، وقد أطبقوا على أنّه لا يشترط في صحّته سبقها ـ أي الخصومة ـ كما صرّحت بذلك عباراتهم، بل ظاهر «التذكرة[٧] والمسالك[٨] والمفاتيح[٩]» الإجماع عليه. وفي «الكفاية[١٠]» أنّه لا يعرف فيه خلافاً. وفي «مجمع البرهان[١١]» أنّ دليله الإجماع المفهوم من التذكرة وقبل ذلك ادّعى هو ـ أي الأردبيلي ـ الإجماع منهم على ذلك، وطريق الجمع أن يقال: إنّ أصل شرعيّته لذلك ـ أي قطع النزاع ـ والتعريف مبنيّ على ذلك، ولا يلزم من ذلك ثبوته في كلّ فرد من أفراده، إذ القواعد الحكمية لا يجب اطّرادها، كما قيل[١٢] في قوله جلّ شأنه ﴿أُعدّت للمتّقين﴾[١٣] و﴿أُعدّت للكافرين﴾[١٤] فإنّه لا ينافي دخول غير المتّقين الجنّة والعاصي غير الكافر النار، وكما هو الشأن في مشروعية العدّة فإنّها علّلت باستبراء الرحم واطّردت فيمن طلّق زوجته المدخول بها أو مات عنها بعد مفارقته لها سنين عديدة[١٥]، وكما في غسل الجمعة، وكما في الفسخ بالعيب لأنّه مظنّة نقصان القيمة،

(١) الوسيلة: في الصلح ص ٢٨٣.
(٢) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢١.
(٣) المختصر النافع: في الصلح ص ١٤٤.
(٤) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ٧.
(٥) التنقيح الرائع: في الصلح ج ٢ ص ١٩٩.
(٦ و ١١ و ١٢) مجمع الفائدة البرهان: في الصلح ج ٩ ص ٣٢٩ و ٣٣١.
(٧) تذكرة الفقهاء: في ماهية الصلح ج ٢ ص ١٧٧ س ٣٧.
(٨) مسالك الأفهام: الصلح ج ٤ ص ٢٥٩.
(٩) مفاتيح الشرائع: في ثبوت الصلح ج ٣ ص ١٢٠.
(١٠) كفاية الأحكام: في عقد الصلح ج ١ ص ٦٠٧.
(١٣) آل عمران: ١٣٢.
(١٤) البقرة: ٢٤.
(١٥) أقول: الحكم للزوم العدّة في المقام المذكور وإن كان مشهوراً بل مجمعاً عليه بينهم إلّا أنّ ←

وكما في القصر للمشقّة في السفر[١].

وعساك تقول: إنّ السفر المخصوص مظنّة المشقّة والقصر تابع له، بخلاف الصلح فإنّ الحكم لا يتعلّق بما هو مظنّة التجاذب بل أجريتموه فيما لا تعلّق له بالمنازعة أصلاً.

← المستفاد من الأخبار الواردة في باب طلاق البائن والرجعي وفي باب العدّة هو أنّ علّة لزوم العدّة هي المنع عن عدم اختلاط المياه المنتهية إلى الجهل بالأنساب وأنّ الاحكام المجعولة من قبل الشريعة المحمّدية فيه إنّما هي حدود لبيان منطقة المياه لئلّا تختلط المياه المختلفة من الرجال في محلٍّ واحد فيختلّ النسب وتنزجر الطباع من قبول من جهل فيه نسبة الماء المنعقد منه الولد.

فمنها مارواه محمّدبن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: الّتي لا يحبل مثلها لا عدّة لها. (الوسائل: ج ١٥ ص ٤٠٠) فهذا الخبر بصريحه ينفي العدّة عمّن لا تحبل ولا ينعقد في رحمها ماء تخلق منه الانسان. فمنه يظهر أنّ العدّة إنّما هي جعلت على من يجعل بطنها محلاً لاختلاف المياه، وعلم منه أنّ من لم يجعل بطنها محلّ اختلاف المياه إمّا لأجل عدم الاقتضاء كاليائسة ومن لم تحض أو لوجود المانع كالغائب عنها زوجها أو غيرها ليست عليها العدّة.

ومنها ماروا محمّد بن مسلم أيضاً عن احدهما عليهما السلام قال: العدّة من الماء (الوسائل: ج ١٥ ص ٤٠٣) وهذه الرواية أجلى وأوضح في المقصود من الأولى فإنّه ينصّ على أنّ علّة جعل العدّة للزوجة إنّما هي وجود الماء المنتهي إلى الاختلاط، فمن لم يكن في رحمها ماء لم تجعل عليها العدّة.

ونحوهما ما يدلّ على عدم جعل العدّة على ثلاثة من النساء أو أربعة، الوارد في الباب الثاني والثالث والرابع من أبواب العدّة من الوسائل وكذا في الباب الثاني والثالث والرابع من المستدرك. فالحاصل: أنّ مقتضى دلالة النصوص هو عدم العدّة على مَن لم يكن في رحمها ماء. وأمّا الاجماع فقد تقدّم منّا غير مرّة في هذه الهوامش أنّه لا اعتبار به بقسميه فضلاً عن المنقول منه وإنّما نحن مأخوذون بمقتضى الكتاب والسنّة وما يقتضيه العقل، وعليه فالمتعيّن ما تقتضيه الأخبار المتقدمة وعموم القواعد المقرّرة، فتأمّل.

(١) المشقة في أكثر الأسفار الواقعة في زماننا هذا منتفية والقصر الواجب على المسافر إنّما جعل عليه على المعيار المنتهية إلى المشقة في ذلك الزمان غالباً أو أكثر، وهذا المعيار ليس في زماننا منتهياً إلى المشقّة غالباً وقد أوضحنا ذلك في رسالتنا العملية «اصول المسائل» فراجع.

لأنّا نقول: إنّها مناقشة في نظير واحد، ثمّ إنّ الأدلّة الدالّة على ثبوته على نحوين: أحدهما ما دلّ على أنّه موضوع لقطع التنازع من دون أن يدلّ على انحصاره فيه كقوله جلّ شأنه ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يُصلِحا﴾[1] فإنّه يدلّ على رفع المنازعة المتوقّعة، وكذلك بعض الأخبار[2]، وقوله تعالى: ﴿وأصلحوا بينهما﴾[3] ونحو ذلك فإنّه يدلّ على رفع السابقة. والثاني ما دلّ بإطلاقه على جوازه مطلقاً كالإجماعات والنبوي[4] وحسنة البختري أو صحيحته[5]، إذ فيهما ـ أي الخبرين ـ «الصلح جائز بين المسلمين» فيجوز أن يكون أصل شرعيّته لقطع التنازع مع عدم انحصاره فيه كما دلّت عليه بقية الأدلّة، سلّمنا أنّها لا تساعد لمكان لفظ الصلح المشعر أو الظاهر في الخصومة لكنّا نقول: حيث تثبت شرعيّته لنقل الملك مع الخصومة تثبت مطلقاً، إذ الأصل عدم كون الخصومة شرطاً له مع عدم القائل منّا بالفصل، على أنّه تعريف غير متلقّى من الشارع فليس بحقيقة شرعية، فيجوز أن يكون تعريفاً للمتّفق عليه بين المسلمين.

ويظهر من فخرالإسلام[6] كما هو صريح الفاضل المقداد[7] والقطيفي الجواب بأنّهم أشاروا بهذا التعريف إلى أنّ الغرض الأقصى منه غالباً رفع الخصومة سواء

---

(١) النساء: ١٢٨.

(٢) راجع الوسائل: ب ١ من أبواب الصلح ج ١٣ ص ١٦٢.

(٣) الحجرات: ٩.

(٤) وهو قوله ﷺ: الصلح جائز بين المسلمين إلّا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً. (من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ٣٢ ح ٣٢٧٠).

(٥) وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب الصلح ح ١ ج ١٣ ص ١٦٤.

(٦) شرح الإرشاد: في الصلح ص ٥٧ س ١٠.

(٧) التنقيح الرائع: في الصلح ج ٢ ص ٢٠٠.

تقدّمت أم لا حيث يقدر أنّه لولاه لحصلت كالصلح على العين المجهولة للمتصالحين، فإنّ النزاع يحصل غالباً لولا عقد الصلح وستسمع ما في «التحرير والحواشي».

وكيف كان فهنا فوائد، الأُولى: قال المصنّف في «التحرير[1]» والشهيد[2] في «الحواشي»: الصلح على أنواع: صلح بين المسلمين وأهل الحرب، وصلح بين أهل العدل والبغي، وصلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق وسيأتي، وصلح بين الخصمين في الأموال، وهذا الباب معقود له، انتهى كلامهما. وقضيّته أنّه لا يصحّ الاستدلال عليه في المقام بآية الشقاق[3] ونحوها كما في «التذكرة[4]» وغيرها[5]، فتأمّل.

الثانية: قال في «المهذّب البارع[6]»: يثبت فيه خيار الشرط إجماعاً. قلت: قد نفاه عنه الشيخ في «المبسوط[7]» لكنّ المشهور ثبوته فيه كما تقدّم في البيع. وفي «التحرير[8] وجامع المقاصد[9]» أنّه لا يجري في الصلح الّذي يفيد الإبراء. وقال في «المهذّب البارع[10]»: إنّه لا يثبت فيه خيار الغبن ولا المجلس. وقد يظهر ذلك ـ أي عدم ثبوت خيار الغبن فيه ـ من «الوسيلة[11] والتحرير[12]» وغيرهما[13]. وأمّا عدم

(١ و١٢) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٢ و٣ ص ٧.

(٢) لم نعثر عليه في الحواشي في كتاب الصلح، راجع ص ٨١ ـ ٨٣.

(٣) النساء: ٣٥.

(٤) تذكرة الفقهاء: في ماهية الصلح ج ٢ ص ١٧٦ س ٤٢.

(٥) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٨٨.

(٦ و١٠) المهذّب البارع: في الصلح ج ٢ ص ٥٣٨.

(٧) المبسوط: في العقود الّتي يدخلها الخيار ... ج ٢ ص ٨٠.

(٨) انظر تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١٠.

(٩) لم نعثر عليه في جامع المقاصد، راجع ج ٥ ص ٤٠٨.

(١١) الوسيلة: في الصلح ص ٢٨٣.

(١٣) راجع التنقيح الرائع: في الصلح ج ٢ ص ١٩٩، والمهذّب لابن البرّاج: في البيع ج ١ ص ٣٥٤.

جريان خيار المجلس فيه فممّا لاريب فيه[1]. واستشكل في «المقتصر[2]» في ثبوت خيار الغبن فيه ثمّ استظهر العدم. وقال فخرالإسلام[3] والشهيد في «الدروس[4]» والمقداد[5] والقطيفي والصيمري[6]: إنّه يثبت فيه خيار الغبن، كما سلف في باب البيع[7]. ولعلّ الأولى أن يقال: إن وقع على معاوضة دخله خيار الشرط، وإن وقع على إسقاط الدعوى قبل ثبوتها لم يثبت فيه خيار الشرط، لأنّه شرّع لقطع المنازعة، واشتراط التأخير يعود بالخصومة فكان منافياً لمشروعيّته، فتأمّل جيّداً. بل قد يقال[8] بعدم دخوله إذا وقع على إبراء ما في الذمم مع جهالته. وكذلك الحال في خيار المؤامرة.

وأمّا خيار الغبن، فإن وقع الصلح على معاوضة ثبت فيه خيار الغبن بل لو شرط سقوطه بطل العقد أو الشرط على احتمال كما قال بكلّ[9] جماعة في البيع،

(١) الأخبار الواردة في خيار المجلس في باب البيع وإن كانت واردةً في مورد البيع إلّا أنّه يظهر من بعض الأخبار الوارد في باب الطلاق أنّه ليس بثابت في الطلاق فقط بل هو جارٍ في جميع العقود والإيقاعات وهو مارواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: قلت له: رجل خيّر إمرأته، قال: إنّما الخيار لها ماداما في مجلسهما فإذا تفرّقا فلا خيار لها. (الوسائل: ج ١٥ ص ٣٣٧). ونحوه مارواه محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام فإن قوله عليه السلام «إنّما الخيار ...» ظاهر في أنّ خيار المجلس أمرٌ مجعول في جميع العهود الواقعة بين الطرفين سواء كانت عقوداً أو إيقاعات، فتدبّر وتأمّل في الخبر وغيره جداً.

(٢) المقتصر: في الصلح ص ١٩٨.

(٣) شرح الإرشاد للنيلي: في خيار الغبن ص ٥٠ س ٩.

(٤) الدروس الشرعية: في أحكام الصلح ج ٣ ص ٣٣١.

(٥) التنقيح الرائع: في خيار الغبن ج ٢ ص ٤٧.

(٦) غاية المرام في خيار الغبن ج ٢ ص ٤٥.

(٧) خيار الغبن ج ١٤ ص ٢٢٦.

(٨) لم نعثر عليه.

(٩) غاية المرام: ج ٢ص ٣٣ ـ ٣٤، الدروس: ج ٣ص ٢٧٦، جامع المقاصد: ج ٤ص ٣٠٢ ـ ٣٠٣.

وإن وقع على إسقاط الدعوى قبل ثبوتها ثمّ ظهر حقّية ما يدّعيه وكان مغبوناً فيما صالح عنه فلا خيار، وكذا إن وقع على ما في الذمم وكان مجهولاً ثمّ علم بعد عقد الصلح وظهر غبن أحدهما[١] على تأمّل وإن فصّل هذا التفصيل أبو العباس والصيمري، لأنّ مداره على الضرر وعدمه، والعموم قضية إطلاق «الدروس».

الثالثة: الظاهر أنّه إذا وقع على معاوضة يثبت فيه خيار الرؤية والعيب وخيار التأخير وما يفسده المبيت لمكان الضرر، إلّا أن تقول: إنّ خيار التأخير خاصّ بالبائع والبيع لمكان الخبر الخاصّ كما قال جماعة[٢]، وذلك لا يقضي بنفيه فيما يفسده المبيت وإن كان من سنخه، لأنّ المدار فيه وفي العيب والرؤية على الضرر. والحاصل: أنّ أخبار الصلح إنّما تدلّ على جوازه ومشروعيّته، وعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ وإن قضى باللزوم لكنّه مخصوص بخبر الضرر المجمع عليه، فكان المدار على الضرر، بل قد يقال[٣] كما قيل في البيع: إنّه لو شرط سقوط خيار الرؤية بطل العقد وحيث يجوز الفسخ للعيب، ولا أرش هنا مع احتماله كما في «الدروس[٤]».

الرابعة: قال فخر الإسلام[٥]: الصلح صالح لنقل الأعيان ونقل المنافع وإبراء

---

(١) الغبن بمعنى الخديعة والمكر في المعاملة، وكذا بمعنى النقص في الثمن أو المثمن جارٍ في الصلح أيضاً سواء كان على معاوضة ثبت فيه خيار الغبن أو وقع على إسقاط الدعوى أو وقع في الذمم، واختصاصه بخصوص البيع لا دليل عليه بعد أن كان ملاكه متّحداً بين جميع العقود بل والايقاعات أيضاً، فتأمّل.

(٢) لم نعثر عليه.

(٣) كالشهيد في الدروس: ج ٣ ص ٢٧٦، والعلّامة في التذكرة: ج ١٠ ص ٥٩، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: ج ٤ ص ٣٠٣.

(٤) الدروس الشرعية: في أحكام الصلح ج ٣ ص ٣٣١.

(٥) شرح الإرشاد للنيلي: في الصلح ص ٥٧ س ١٠.

إلّا ما أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً،

الذمّة ولمجرّد قطع المنازعة، وهذا من خصائصه، وليس في العقود ما يجمع ذلك كلّه. قلت: ومن خصائصه أنّه يصحّ مع جهالةٍ مخصوصة كما سيأتي، ويأتي الكلام في إفادته مجرّد قطع المنازعة.

الخامسة: الّذي نختاره جريان المعاطاة فيه كما تقدّم بيانه في باب البيع.

[في فساد الصلح المحلّل للحرام أو بالعكس]

قوله: ﴿إلّا ما أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً﴾ هذا هو الحديث النبوي المروي في «الفقيه» مرسلاً، وقد روته العامّة[1] أيضاً. قال في «الفقيه»: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: الصلح جائز بين المسلمين إلّا صلحاً أحلّ حراماً وحرّم حلالاً[2]. وقد نقل على هذا إجماع المسلمين في «المبسوط[3] والسرائر[4]» وإجماع العلماء كافّة في «التحرير[5]» وإجماعنا في «الغنية[6]» وبه طفحت عباراتهم.

وهذا الاستثناء معتبر في جواز جميع العقود، بل يعتبر في جميع الاُمور الجائزة عدم اشتمالها على حرام[7]. ولعلّهم إنّما يذكرونه في الصلح وخيار

(١) سنن ابن ماجة: ج ٢ ص ٧٨٨ ح ٢٣٥٣، سنن البيهقي ج ٦ ص ٦٥.

(٢) من لا يحضره الفقيه: في الصلح ج ٣ ص ٣٢ ح ٣٢٧٠.

(٣) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٨٨.

(٤) السرائر: في الصلح ج ٢ ص ٦٤.

(٥) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ٧.

(٦) غنية النزوع: في الصلح ص ٢٥٤.

(٧) ممنوعية الصلح المحلّل للحرام إنّما هو لأجل أنّ المصالح يجيز ارتكاب ما يكون ارتكابه ممنوعاً ومحرّماً في الشريعة المقدّسة وهو محرّم أيضاً. إلّا أنّ الأمر في العكس وهو تحريم ←

كالصلح على استرقاق حرٍّ أو استباحة بضعٍ أو صالحه بخمرٍ أو خنزير أو صالحه ـ مع إنكاره ظاهراً ـ على بعض ما عليه، سواء عرف المالك قدر حقّه أو لا، فإنّ الصلح في مثل ذلك لايثمر ملكاً ولا إبراءً إلّا أن يعرف المالك ما عليه ويرضى باطناً. وكذا لو كان المدّعي كاذباً فصالحه المنكِر فإنّه غير مباح إلّا مع الرضا الباطن.

الاشتراط لوجوده في الأخبار[1] فيهما، وستسمع معنى ذلك.

قوله: ﴿كالصلح على استرقاق حرٍّ أو استباحة بضعٍ، أو صالحه بخمرٍ أو خنزيرٍ، أو صالحه ـ مع إنكاره ظاهراً ـ على بعض ما عليه، سواء عرف المالك قدر حقّه أو لا، فإنّ الصلح في مثل ذلك لا يثمر ملكاً ولا إبراءً إلّا أن يعرف المالك ما عليه ويرضى باطناً. وكذا لو كان المدّعي كاذباً فصالحه المنكِر فإنّه غير مباح إلّا مع الرضا الباطن﴾ هذه الأقسام يمكن أن تجعل من المحلّلة للحرام

← ما هو حلال ليس كذلك فإنّ الحلال ما يجوز ارتكابه ويجوز تركه فهو مجاز من قِبل الشريعة لارتكابه ومجاز لتركه، فإذا كان الصلح مستلزماً لترك الحلال فلا تكون هنا مخالفة للشريعة فهو كالنذر على ترك لحم الدجاجة أو المعز أو الطيور أو الأرز ونحوها أو كالنذر على ترك المطالعة في الليل أو بعض النهار أو على ترك الزيارة أو الحج المستحبّ أو كنذر المطالعة أو الكتابة في جميع السنة المستلزم لترك الحج المستحبّ، بل الواجب كما حكى وقوعه عن صاحب الجواهر، فإذا كان النذر أو العهد يسوغ ترك الحلال بل المستحبّ بل الواجب فكيف لايجوز أن يسوغ الصلح وغيره من العقود ذلك؟ اللّهمّ إلّا أن يؤوّل التحريم في المقام بإرادة التحريم تشريعاً لا فعلاً، فتأمّل جدّاً.

(١) الوسائل: ب ٣ من أبواب الصلح ح ٢ ج ١٣ ص ١٦٤، وب ٦ من أبواب الخيار ح ٥ ج ١٢ ص ٣٥٤.

والمحرّمة للحلال باعتبار العوضين.

وفي «التنقيح[١] والمسالك[٢] والروضة[٣]» أنّه قد فسّر فيه تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حرّ أو استباحة بضع لا سبب لإباحته غيره أو ليشربا أو أحدهما الخمر ونحو ذلك، وتحريم الحلال بأن لا يطأ أحدهما حليلته أو لاينتفع بماله ونحو ذلك. والاستثناء على هذا متّصل، لأنّ الصلح على مثل هذه باطل ظاهراً وباطناً. وفسّر[٤] بصلح المنكر على بعض المدّعى أو منفعته أو بدله مع كون أحدهما عالماً ببطلان الدعوى، والاستثناء عليه يكون منقطعاً للحكم بصحّته ظاهراً وإنّما هو فاسد في نفس الأمر، والحكم بالصحّة والبطلان إنّما يطلق على ما هو الظاهر. ويمكن كونه متّصلاً نظراً إلى بطلانه في نفس الأمر. ولعلّ هذا التفسير أجود ممّا قبله، لأنّه مؤثّر ظاهراً. وهو الّذي يناسب ظاهر حال الشارع بخلاف السابق لعدم التأثير فيه أصلاً، بل إطلاق المحلّل والمحرّم عليه إنّما هو بحسب إرادة المصطلحين خاصّة.

وزاد في «التنقيح» في تفسيره بأن يصطلحا على معاملة تؤدّي إلى الربا أو على جارية يأخذها أحدهما بشرط أن لا يطأها، انتهى. وهذان حكاهما كاشف الرموز[٥] عن صاحب الواسطة. وهذا يعطي أنّه يدخله الربا، ويأتي الكلام فيه.

---

(١) التنقيح الرائع: في الصلح ج ٢ ص ٢٠١.
(٢) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٦٢.
(٣) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٧٤.
(٤) انظر التنقيح الرائع: في الصلح ج ٢ ص ٢٠١، والمسالك: في الصلح ج ٤ ص ٢٦٢.
(٥) كشف الرموز: في الصلح ج ٢ ص ٤.

وهو أصلٌ في نفسه ليس فرعاً على غيره وإن أفاد فائدته.

وقد يشعر إطلاق كلام «التنقيح» في المثال الثاني بأنّ المراد بالحلال والحرام ما كان كذلك بأصل الشرع أو به وبتوسّط العقد، وقد تقدّم الكلام في مثل ذلك في باب الشرط في البيع[1] عند بيان معنى قولهﷺ: «المؤمنون عند شروطهم إلّا شرطاً حلّل حراماً أو حرّم حلالاً» وقد قلنا هناك: إنّ مرادهم الأوّل إلّا أن يدلّ دليل على إرادة ما يعمّ الثاني، وقد بيّنّا الحال هناك.

ومعنى قوله في الكتاب «أو صالحه مع إنكاره ظاهراً ... إلى آخره» أنّه إذا أنكر المدّعى عليه المدّعى به ظاهراً وصولح على قدر بعض ما عليه في الواقع سواء كان من جنسه أم لا فإنّ هذا الصلح باطل بحسب الواقع، ولا يثمر ملكاً إن كان المدّعى به عيناً ولا إبراءً إن كان دَيناً سواء عرف المالك قدر حقّه أم لا، وسواء ابتدأ هو بطلب الصلح عن حقّه أم لا، لأنّ صلحه ربّما كان توصّلاً إلى أخذ بعض حقّه، إلّا أن يعلم أنّ المالك قد رضي باطناً مع علمه بقدر الحقّ. ووجه البطلان فيما لو كان المدّعي كاذباً فصالحه المنكر أنّ الظاهر أنّه يريد التخلّص من عهدة دعواه الكاذبة وأنّه مع عدم التراضي أكل مال بالباطل. هذا بحسب نفس الأمر، أمّا بحسب الظاهر فإنّه صلح صحيح. وتمام الكلام يأتي في ذلك كلّه.

[في أنّ الصلح عقد مستقلّ]

قوله: ﴿وهو أصلٌ في نفسه ليس فرعاً على غيره وإن أفاد فائدته﴾ قال في «التذكرة[2]»: الصلح عند علمائنا أجمع عقدٌ قائمٌ بنفسه ليس

---

(١) تقدّم في ج ١٤ ص ٧٢٣ ـ ٧٢٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٧٧ س ٦.

فرعاً على غيره، بل أصلٌ في نفسه منفردٌ في حكمه ولا يتبع غيره. وجعله في «السرائر[١]» مذهب أهل البيت عليهم السلام. والإجماع ظاهره ـ أي السرائر ـ في موضعين منها أيضاً. وهو ـ أي الإجماع ـ ظاهر «شرح الإرشاد[٢]» لفخر الإسلام و«المفاتيح[٣]». وفي «مجمع البرهان[٤]» كأنّ ما نسب إلى المبسوط نقله عن العامّة لا مذهباً له، وإلّا لما ادّعى في التذكرة الإجماع من دون نقل خلاف. وقد حكيت الشهرة عليه في «التنقيح[٥] وجامع المقاصد[٦] والكفاية[٧]» ولا يعجبني ما في «المختلف[٨] والروضة[٩]» من أنّه الأشهر، مضافاً إلى ما ذكره بعده في «المختلف» كما ستسمع.

وممّا صرّح فيه بذلك ـ أي بأصالته وعدم فرعيّته ـ «الشرائع[١٠] والتحرير[١١] والمختلف[١٢] واللمعة[١٣] والمقتصر[١٤] والتنقيح[١٥] وجامع المقاصد[١٦] وإيضاح النافع والروضة[١٧] والمسالك[١٨] ومجمع البرهان[١٩] والكفاية[٢٠]» وهو ظاهر الباقين من وجوه، أحدها أنّ الأصل في العقود الأصالة كما في «التذكرة[٢١]».

---

(١) السرائر: في حقيقة الصلح ج ٢ ص ٦٤ ـ ٦٥.
(٢) شرح الإرشاد للنيلي: في الصلح ص ٥٧ س ٥.
(٣) مفاتيح الشرائع: في ثبوت الصلح ج ٣ ص ١٢٠.
(٤ و١٩) مجمع الفائدة والبرهان: في الصلح ج ٩ ص ٣٣٤.
(٥ و١٥) التنقيح الرائع: في الصلح ج ٢ ص ١٩٩.
(٦ و١٦) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٠٩.
(٧ و٢٠) كفاية الأحكام: في عقد الصلح ج ١ ص ٦٠٨.
(٨ و١٢) مختلف الشيعة: في الصلح ج ٦ ص ٢١٣.
(٩ و١٧) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٧٥.
(١٠) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢١.
(١١) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ٧.
(١٣) اللمعة الدمشقية: في الصلح ص ١٤٨.
(١٤) المقتصر: في الصلح ص ١٩٨.
(١٨) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٦١.
(٢١) تذكرة الفقهاء: في ماهية الصلح ج ٢ ص ١٧٧ س ٧.

وقد نسب في «السرائر[١] وكشف الرموز[٢]» الخلاف إلى «الخلاف» لقوله فيه: إذا أتلف رجل على غيره ثوباً يساوي ديناراً فأقرّ له به فصالحه على دينارين لم يصحّ ـ إلى أن قال: ـ فلو أجزنا أن يصالحه على أكثر من دينار كان بيعاً للدينار بأكثر منه، وذلك رباً لا يجوز[٣].

قلت: قد ذكر هذا الفرض بعينه في «المبسوط[٤]» وحكي عن أبي حنيفة أنّه جوّزه، وقال: إنّه قويّ، لأنّا بيّنّا أنّ الصلح ليس ببيع وأنّه عقدٌ قائمٌ بنفسه. ونسب الخلاف في «المختلف[٥]» إلى الشيخ في المبسوط ثمّ قال: إنّ الشيخ في المبسوط قال: إنّه ليس فرعاً للبيع وإنّما هو عقدٌ قائمٌ بنفسه. وتبعه جماعة[٦] من المتأخّرين على نسبة الخلاف إلى المبسوط جازمين به. وزاد أبو العبّاس نسبته إلى القاضي. ولو كان كذلك لنبّه عليه في السرائر، بل قال ـ أي «في السرائر[٧]» ـ: إنّه (أي الشيخ فيه أي المبسوط) موافق له. قال: قال في المبسوط بعد أن ذكر مقالة الشافعي: ويقوى في نفسي أن يكون هذا الصلح أصلاً قائماً في نفسه، ولا يكون فرع البيع ولا يحتاج إلى شرائط البيع واعتبار خيار المجلس على ما بيّنّاه فيما مضى، انتهى.

قلت: وهو كذلك غير أنّه لم يصرّح بأنّه لأحد من العامّة، واحتمال أن تكون الإشارة إلى خصوص المثال الّذي ذكره بعيد جدّاً. نعم يمكن أن تكون الإشارة إلى خصوص عدم إجرائه مجرى البيع ويكون قائلاً بإجرائه مجرى غيره من

(١ و٧) السرائر: في حقيقة الصلح ج ٢ ص ٦٥.

(٢) لم نعثر عليه في كشف الرموز: في كتاب الصلح.

(٣) الخلاف: في الصلح ج ٣ ص ٢٩٩ مسألة ١٠.

(٤) المبسوط: في أحكام الصلح ج ٢ ص ٣٠٨.

(٥) مختلف الشيعة: في الصلح ج ٦ ص ٢١٣.

(٦) منهم أبو العباس في المهذّب البارع: ج ٢ ص ٥٣٦، والشهيد الثاني في المسالك: ج ٤ ص ٢٦٠، والسيوري في التنقيح: ج ٢ ص ١٩٩.

الإجارة وغيرها. ويدفعه أنّه لا قائل بالفصل.

قال في «المبسوط[١]» بعد أن نقل إجماع المسلمين على جوازه ما نصّه: فالصلح ليس بأصلٍ في نفسه وإنّما هو فرعٌ لغيره وهو على خمسة أضرب، أحدها: فرع البيع. ثانيها: فرع الإبراء. ثالثها: فرع الإجارة. رابعها: فرع العارية. خامسها: فرع الهبة. وسنذكر هذه الأقسام. إذا ورث رجلان من مورّثهما مالاً فصالح أحدهما صاحبه على نصيبه من الميراث بشيء فإنّ هذا الصلح فرع البيع ويعتبر فيه شرائط البيع، فما جاز في البيع جاز فيه وما لم يجز فيه لم يجز فيه. ومن شرائط صحّة البيع أن يكون المبيع معلوماً، فيجب أن يعلما قدر نصيب البائع من التركة ويشاهداها جميعاً ـ إلى أن قال: ـ ويقوى في نفسي ... إلى آخر ما في السرائر. وقد سمعت ما حكيناه عنه آنفاً في مَن أتلف ثوب غيره. والّذي بيّنه فيما مضى في باب البيع هو قوله فيه ـ أي «المبسوط[٢]» ـ: إن كان الصلح معاوضة فليس له الرجوع فيه يعني في المجلس، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله قال: «الصلح جائز بين المسلمين» ولا دليل على إجرائه مجرى البيع، انتهى. لكن كلامه فيما إذا ادّعى عليه أنّ هذه الدار داره فأقرّ له بها ثمّ صالحه على سكناها سنةً صريحٌ فيما نسبوه إليه، ونحوه غيره كما ستعرف.

وعلى تقدير أن يكون ذلك مذهباً للشيخ فالفرق بينه وبين الشافعي أنّه لابدّ عند الشافعي من سبق دعوى ومنازعة بخلاف الشيخ. والفرق بين الشيخ والأصحاب أنّ حكمه عنده حكم ما جعل فرعاً له في الأحكام، فحيث يكون فرع البيع يحتاج إلى شرائطه وتجري فيه جميع أحكامه، وحيث يكون فرع العارية والهبة على بعض الوجوه أو السكنى كذلك كما إذا تقيّد بوقت يكون جائزاً. وبالجملة: حكمه عنده حكم ما أفاد فائدته، وعندهم لا يكون إلّا لازماً مع استكمال شرائطه.

---

(١) المبسوط: في أحكام الصلح ج ٢ ص ٣٠٨.

(٢) المبسوط: البيع ج ٢ ص ٨٠.

ويصحّ على الإقرار والإنكار

وتحرير مذهب الشافعي أنّه فرع البيع حيث يكون في يده عينٌ أو في ذمّته دَينٌ فيدّعيها إنسان فيقرّ له بها، ثمّ يصالحه على ما يتّفقان عليه، فهو فرعٌ على البيع بل هو بيعٌ عنده، وفرع الإبراء حيث يكون له في ذمّته دَين فيقرّ له به ثمّ يصالحه على أن يسقط بعضه ويدفع إليه بعضه، وفرع الإجارة حيث يكون له عنده دَين أو عين فيصالحه عن ذلك بخدمة عبد أو سكنى دار مدّة، وفرع الهبة حيث يدّعي عليه دارين أو عبدين وشبههما فيقرّ له بهما ويصالحه من ذلك على أحدهما، فيكون هبة للأُخرى، وفرع العارية حيث يكون في يده دار فيقرّ له بها فيصالحه على سكناها شهراً فيكون ذلك عارية. ولا يخفى قصور دليله، إذ قد يفيد فائدتها. وليس هو هي كما أنّ الوصية بمنفعة الدار تفيد فائدة الإجارة وليست هي وكذلك السكنى والرقبى والعمرى، وكذلك القسمة والهبة المشروطة بالعوض تفيدان فائدة البيع وليستا بيعاً.

[في صحّة الصلح على الإقرار والإنكار]

قوله: ﴿ويصحّ على الإقرار والإنكار إجماعاً[١]﴾ كما في «المسالك[٢]» وظاهر «جامع المقاصد[٣] والروضة[٤] والكفاية[٥]» سواء كان المدّعى به ديناً أو عيناً

(١) الظاهر أنّ كلمة «إجماعاً» ليست من كلام المصنّف بل هو من كلام الشارح، فإنّه ليس دأبه في هذا الكتاب الإشارة إلى مكانة الفتوى الّتي أفتى بها من حيث الشهرة والإجماع وغيرهما وإنّما دأبه فيه مجرّد ذكر فتواه كما يتراءى ذلك في طي ما مرّ إلى هنا.

(٢) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٦١.

(٣) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٠.

(٤) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٧٦.

(٥) كفاية الأحكام: في الصلح ج ١ ص ٦٠٨.

عند علمائنا أجمع كما في «التذكرة[١]» وهو من خواصّنا ومتفرّدات الإماميّة، لأنّ الحنفي لا يجيزه إلّا مع الإنكار، والشافعي لا يجيزه إلّا مع الإقرار كما في «كشف الرموز[٢] وإيضاح النافع والتنقيح[٣]» والإجماع على جوازه مع الإنكار صريح «الغنية[٤]» وظاهر «الخلاف[٥]».

والمراد بصحّته مع الإنكار صحّته بحسب الظاهر. ودليل ذلك بعد ذلك عمومات الكتاب والسنّة، وأنّه سبب لإسقاط الخصومة فجاز مع الإنكار كالإبراء، وأنّه لو لم يصحّ مع الإنكار امتنعت أكثر فوائد الصلح، لأنّه شرّع لقطع التنازع، وهو إنّما يتحقّق مع المخالفة بين المتداعيين، وهو أن ينكر أحدهما ما ادّعاه الآخر.

وقول الشافعي[٦] «إنّه عاوض على ما لم يثبت له فلم يصحّ كما لو باع مال غيره» فيه: إنّا نمنع بطلان المعاوضة بالصلح على ما لم يثبت فإنّه عين المتنازع فيه، وحمله على البيع قياس.

وبيان الحال في المقام: أنّ صحّة الصلح مع الإقرار والاعتراف بالمدّعى ممّا لا ريب فيها لمعلوميّته عند صاحبه. ولا فرق بين أن يصالح عنه بأقلّ منه أو بأكثر لمكان العلم وحصول التراضي. وأمّا في صورة الإنكار فإنّه باعتبار اختلاف الخصمين نفياً وإثباتاً يحتمل أن يكون المدّعي محقّاً إذا ادّعى على المنكر ديناً أو عيناً. فالصلح وإن أفاد قطع النزاع بحسب الظاهر وعدم صحّة الدعوى بعد ذلك لصحّته بحسب الظاهر إلّا أنّه لا يفيد براءة ذمّة المدّعى عليه ممّا يزيد على مال

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٧٩ س ٢٤ ـ ٢٥.
(٢) كشف الرموز: في الصلح ج ٢ ص ٥.
(٣) التنقيح الرائع: في الصلح ج ٢ ص ٢٠١.
(٤) غنية النزوع: في الصلح ص ٢٥٤.
(٥) الخلاف: في الصلح ج ٣ ص ٢٩٣ مسألة ١.
(٦) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٦١.

الصلح فيما لو فرض أنّه صالحه على أقلّ ممّا في ذمّته في الواقع أو على بعض العين، بل يبقى مشغول الذمّة بالباقي، وإنّما تبرأ ذمّته بقدر ما دفعه خاصّة لمكان إيصال بعض الحقّ لا للصلح، كما أفصحت بذلك صحيحة عمر بن يزيد[1] عن أبي عبدالله عليه السلام قال: إذا كان للرجل على رجل دَين فمطله حتّى مات صاحبه ثمّ صالح ورثته على شيء فالّذي أخذ الورثة لهم وما بقي فهو للميّت يستوفيه منه في الآخرة، وإن هو لم يصالحهم على شيء حتّى مات ولم يقض عنه فهو كلّه للميّت يأخذه به. وفي هذا الحديث خمس فوائد. ونحوه الموثّق[2]، وفي معناه أخبار[3] اُخر.

ولو كان قد صالح منكر الحقّ على العين بمالٍ آخر فهي بأجمعها في يده مغصوبة ولا يستثنى له مقدار ما دفع، لعدم صحّة المعاوضة في نفس الأمر. وكذا لو انعكس وكان المدّعي مبطلاً في نفس الأمر لم يستبح ما صولح به من عينٍ أو دَين، لأنّ هذا كلّه أكل مال بالباطل، وإنّما صالح المحقّ المبطل دفعاً لدعواه الكاذبة، وقد يكون استدفع بالصلح ضرراً عن نفسه أو ماله، وقد عدّ ذلك من صوَر الإكراه على الصلح كما يأتي، ومثل هذا لا يعدّ تراضياً يبيح أكل مال الغير كما نبّه على ذلك في «المسالك[4] والروضة[5] والكفاية[6] والمفاتيح[7] والرياض[8]».

وقال في «المسالك[9] والروضة[10]»: نعم لو كانت الدعوى مستندة إلى شبهة أو قرينة يخرج بها عن الكذب المحض ـ كما لو وجد المدّعي بخطّ مورّثه أنّ له على

(١ و٣) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب الصلح ح ٤ و١ و٢ ج ١٣ ص ١٦٦.
(٢) تهذيب الأحكام: ج ٦ ص ٢٠٨ ح ٤٨٠.
(٤ و٩) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٦٢.
(٥) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٧٣.
(٦) كفاية الأحكام: الصلح ج ١ ص ٦٠٩.
(٧) مفاتيح الشرائع: في أحكام الصلح ج ٣ ص ١٢١.
(٨) رياض المسائل: في الاُمور الّتي تعتبر في الصلح ج ٩ ص ٣٧.
(١٠) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٧٦.

من غير سبق خصومة، ومع سبقها سواء علما بقدر ما تنازعا عليه أو جهلاه، دَيناً كان أو عيناً،

فلان مالاً، أو شهد له من لا يثبت الحقّ بشهادته شرعاً، ولم يكن المدّعي عالماً، وإنّما ادّعى بناءً على هذا الفرض وتوجّهت له اليمين على المدّعى عليه فصالحه على إسقاط اليمين بمالٍ أو قطع المنازعة ـ فالمتّجه صحّة الصلح في نفس الأمر، لأنّ اليمين حقٌّ يصحّ الصلح على إسقاطها. ونحو ذلك ما في «المفاتيح[1]» ولا يخلو من تأمّل كما في «الكفاية[2]».

ومثله ما لو توجّهت الدعوى بالتهمة حيث تتوجّه اليمين على المنكر ولا يمكن ردّها.

قوله: ﴿من غير سبق خصومة، ومع سبقها﴾ هذا قد تقدّم الكلام فيه[3].

[في عدم اشتراط العلم بقدر ما يقع عليه الصلح]

قوله: ﴿سواء علما بقدر ما تنازعا عليه أو جهلاه، دَيناً كان أو عيناً﴾ التقييد بكون المصالح عليه متنازعاً فيه كما وقع في كثير من العبارات «كالشرائع[4]» وغيرها[5] غير لازم، بل مبنيّ على الغالب، إذ الحكم آتٍ في مطلق المصالح عليه وإن لم يكن بمنازعة مع علمهما بما يتصالحان عليه وجهلهما به، كوارث تعذّر علمه بمقدار حصّته، وشريك امتزج ماله بمالٍ آخر بحيث لا يتميّزان

---

(١) مفاتيح الشرائع: في أحكام الصلح ج ٣ ص ١٢١.
(٢) كفاية الأحكام: الصلح ص ٦٠٩.
(٣) تقدّم البحث فيه في العنوان المتقدّم آنفاً.
(٤) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢١.
(٥) المختصر النافع: في الصلح ص ١٤٤.

ولا يعلمان قدر ما لكلّ منهما، ونحو ذلك.

وكيف كان، فقد قال في «التذكرة[1]»: لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لاقدراً ولا جنساً، بل يصحّ الصلح سواء علما قدر ما تنازعا عليه وجنسه أو جهلاه، دَيناً كان أو عيناً، وسواء كان أرشاً (إرثاً ـ خ ل) أو غيره عند علمائنا أجمع. وفي «الرياض[2]» أنّه لا خلاف فيه في الجملة. وظاهر «المسالك[3]» الإجماع على الصحّة مع جهلهما بمقداره بحيث تعذّر عليهما علمه.

قلت: فهنا أربع صوَر:

الأُولى: أن يعلما ما وقعت فيه المنازعة.

الثانية: أن يجهلاه ويكون ممّا يتعذّر معرفتهما له مطلقاً.

الثالثة: أن يجهلاه ويمكن معرفته في الحال.

الرابعة: أن لا يمكن معرفته في الحال كعدم المكيال أو الميزان أو كون النصيب من الميراث يتعذّر العلم به في الحال مع إمكان الرجوع بعد ذلك إلى عالمٍ بعد مسيس الحاجة إلى أخذه، أو كون العوضين غائبيَن أو أحدهما وتعذّر الإحضار أو نحو ذلك.

أمّا الأُولى: فالحكم فيها بالصحّة واضح من غير ريب كما في «الكفاية[4]» لارتفاع الجهالة، ويجيء في المبطل بمنازعته ما تقدّم. ولا فرق بين كون المدّعى دَيناً أو عيناً وكون الصلح بمقداره أو أقلّ أو أكثر مع حصول الرضا، لصحّة المعاملة ظاهراً وباطناً.

وأما الثانية: فكذلك لتطابق النصوص والإجماعات والفتاوى عليها مع موافقة

---

(١) تذكرة الفقهاء: في أركان الصلح ج ٢ ص ١٧٨ س ٢٩.

(٢) رياض المسائل: في الأمور الّتي تعتبر في الصلح ج ٩ ص ٣٨.

(٣) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٦٣.

(٤) كفاية الأحكام: في الصلح ج ١ ص ٦٠٩.

الحكمة والاعتبار. أمّا النصوص فبالعموم والخصوص، أمّا الأوّل فعموم السنّة مع موافقة عموم الكتاب. وأمّا الثاني ففي صحيح محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام وفي صحيحه الآخر عن أحدهما عليهما السلام وصحيح منصور بن حازم وموثّقه عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه قال في رجلين كان لكلّ واحدٍ منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كلّ واحدٍ منهما كم له عند صاحبه، فقال كلّ واحد منهما: لك ما عندك ولي ما عندي؟ قالا: لا بأس إذا تراضيا وطابت أنفسهما ونحوها غيرها[١]. وقد يقال[٢]: إنّها ليس فيها صراحة بالصلح، فليتأمّل فقد استدلّوا بها على ذلك من دون تأمّل. ولعلّهم يريدون أنّه إذا صحّ بالمعاطاة فبالأولى أن يصحّ بعقد الصلح. وقد سمعت ما في «التذكرة والمسالك» من الإجماع، وعليه المدار.

وأمّا الاعتبار فإنّ مَن عليه حقّ يجهل هو ومالكه قدره ويريد إبراء ذمّته يجب أن يكون له طريق إلى ذلك، ولا طريق إلّا الصلح، فوجب أن يكون سائغاً وإلّا لزم الحرج والضيق، وأنّه إذا صحّ الصلح مع العلم فبالأولى أن يصحّ مع الجهل، لأنّه في الأوّل له طريق إلى التخلّص، ومع الجهل لا طريق له، ولو لم يجز الصلح أفضى إلى ضياع المال، فتأمّل.

وأمّا الثالثة: فقد منع من صحّة الصلح فيها في «التحرير[٣] والتذكرة[٤] والدروس[٥] والمهذّب البارع[٦] والتنقيح[٧]» وظاهر «الكتاب» فيما يأتي و«جامع المقاصد[٨]

(١) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب الصلح ح ١ وذيله ج ١٣ ص ١٦٥ و١٦٦.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في الصلح ج ٩ ص ٣٣١.
(٣) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١٢.
(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام لواحق الصلح ج ٢ ص ١٩٤ السطر الأوّل.
(٥) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٣٠.
(٦) المهذّب البارع: في الصلح ج ٢ ص ٥٣٩.
(٧) التنقيح الرائع: في الصلح ج ٢ ص ٢٠٢.
(٨) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٠٨.

والمسالك[1]» وقد تؤذن عبارة «التذكرة» بالإجماع عليه.

ولعلّه لمكان الجهل والغرر فيهما الموجبَين للضرر بالزيادة أو النقيصة مع إمكان التحرّز عنهما، فيكونون قد رجّحوا عموم أدلّة النهي عن الغرر على عموم أدلّة الصلح، لاعتضاد تلك بالاعتبار وظهور كونها قاعدة كلّية، لكثرة دورانها في كلامهم وتقديمها عندهم في أكثر أبواب المعاملات على أدلّة الصحّة، فيكون عموم أدلّة الصلح مخصوصاً بما لا ضرر فيه ولا جهالة. وقد يكونون يقولون إنّهما تعارضا فتساقطا فرجعنا إلى حكم الأصل الأصيل وهو عدم الصحّة، وقد ترجّح عموم أدلّة الصلح بكثرتها وظهورها فيما يشمل هذه الصورة وبأنّ الصلح أوسع من البيع ونحوه، لأنّه قد شرّع على المسامحة والمساهلة، ولهذا يجوز عند تعذّر العلم، وذلك لا يجوز في البيع، إلّا أن تقول: إنّ ذلك أيضاً جائز في البيع كبيع اُسّ الحائط وأخشاب السوق وطي البئر، ولك أن تقول: إنّ الصلح يجوز بلا عوض كما يأتي، فمع جهالته أولى فتأمّل. وبإطلاقات كثير من العبارات، لكنّ الأوّل أشبه بأُصول المذهب. وعليه ـ أي على الأوّل ـ فلو صالحه على صبرة من طعام من غير كيل ولا وزن لم يصحّ، وكذلك الصلح على نصيب شخص من ميراث مع إمكان العلم بقدره في الحال، لكن في «الإرشاد[2] ومجمع البرهان[3]» أنّه يكفي فيما وقع عليه الصلح العلم في الجملة، وقالا: إنّه يكفي المشاهدة في الموزون، ويأتي تمام الكلام.

وأمّا الرابعة: فالصحّة فيها خيرة «الدروس[4] والمهذّب البارع[5] والتنقيح[6]

---

(١) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٦٤.

(٢) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٤.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في الصلح ج ٩ ص ٣٣٩.

(٤) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٣٠.

(٥) المهذّب البارع: في الصلح ج ٢ ص ٥٣٩.

(٦) التنقيح الرائع: في الصلح ج ٢ ص ٢٠٢.

والمسالك[١]» لتناول الأدلّة كلّها لها، مع أنّه قد تقضي الحاجة به وتمسّ الضرورة إليه، لانحصار الطريق فيه وحصول الضرر بالتأخير.

وليس من ذلك ما إذا كانا معدومين كأن يصالحه بما ستحمل به دابّته على ما ستحمل به دابّته، وبالدار الّتي سيبنيها على الدار الّتي سيبنيها، أو أحدهما موجوداً والآخر معدوماً، لعدم تناول الأدلّة له، وإن قلنا بالتناول قلنا: إنّها مخصوصة بغير ذلك لما فيه من الجهل والغرر الموجبَين للضرر والسفه.

وإذا علم أحدهما دون الآخر وجب إعلامه كما في «الدروس[٢] وجامع المقاصد[٣] والمسالك[٤]». وفي «التذكرة[٥] والكتاب[٦]» في آخر الباب و«جامع المقاصد[٧]» أنّه لا يحكم بالصحّة بدون الإعلام. ومرادهما أنّه لا يصحّ الصلح في نفس الأمر بدون الإعلام إذا كان المصالح به بدون قدر الحقّ كما نبّه عليه في «الدروس والتنقيح والمسالك» وغيرها كما تقدّم.

وتنقيح البحث أن يقال: إذا كان العالم هو الغريم فقط فإمّا أن يكون الحقّ عيناً أو دَيناً، فإن كان الأوّل فإمّا أن يمكن إيصالها أو لا، فإن كان الأوّل ـ أي يمكن إيصالها ـ فقد تقدّم أنّ الصلح لا يصحّ في نفس الأمر وإن كان ما صالح عليه أكثر من قيمتها، ويمكن القول بالصحّة ظاهراً بالنسبة إلى المستحقّ خاصّة في المقدار الّذي أخذه بجعله مقاصّة أو لمكان الحيلولة، وإن كان لا يمكن إيصالها فالأصحّ الصحّة بالأكثر والمساوي لا بالأقلّ.

وإن كان دَيناً فإنّه يصحّ مع المساواة والزيادة، ولعلّه ممّا لا نزاع فيه. وأمّا مع

(١ و ٤) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٦٣.

(٢) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٣٠.

(٣ و ٧) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٠.

(٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام لواحق الصلح ج ٢ ص ١٩٤ س ١ و ٢.

(٦) قواعد الأحكام: في الصلح ج ٢ ص ١٧٨.

النقصان فلا يصحّ ولا يبرأ إلّا فيما قابله، لإيصال بعض الحقّ لا للصلح، لما رواه المشايخ الثلاثة في الموثّق عن عليّ بن أبي حمزة قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: رجل يهودي أو نصراني كانت له عندي أربعة آلاف درهم فمات، أيجوز لي أن أُصالح ورثته ولا أُعلمهم كم كان؟ قال: لا يجوز حتّى تخبرهم [١]. ولصحيحة عمر ابن يزيد [٢] المتقدّمة. وفي «الدروس [٣]» أنّ الأُولى نصّ في الباب. قلت: وعليها ينزّل إطلاق أدلّة الصحّة، وصحيحة الحلبي [٤] وغير واحد عن «أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح عليه، فقال: إذا كان بطيب نفس من صاحبه فلا بأس. وإطلاقه ـ أي الموثّق ـ وإن شمل ما إذا وقع الصلح بقدر الحقّ وما إذا وقع بدونه إلّا أنّه لمكان غلبة الثاني مقيّد به، فيرجع في المساوي والزائد إلى عموم أدلّة الصلح، ويقتصر في تخصيصها بالخبر على ما إذا كان بالأقلّ، لأنّه الغالب المتيقّن.

هذا كلّه إذا لم يكن مَن له الحقّ قد رضي باطناً بالصلح بالأقلّ، فلو رضي به باطناً كان الصلح صحيحاً ظاهراً وباطناً كما في «التذكرة [٥] وجامع المقاصد [٦] والمسالك [٧] ومجمع البرهان [٨] والكفاية [٩] والمفاتيح [١٠]».

وقد يستدلّ [١١] عليه بصحيحة الحلبي المتقدّمة، فلا يجوز للمستحقّ حينئذٍ أخذ

(١ و٤) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب الصلح ح ٢ و٣ ج ١٣ ص ١٦٥ و١٦٦.
(٢) تقدّم في ص ٢٣ هامش ١.
(٣) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٣٠.
(٥) تذكرة الفقهاء: في ماهية الصلح ج ٢ ص ١٧٨ السطر الأخير.
(٦) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٠٨.
(٧) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٦٣.
(٨) مجمع الفائدة والبرهان: في الصلح ج ٩ ص ٣٣٧.
(٩) كفاية الأحكام: في الصلح ج ١ ص ٦٠٩ ـ ٦١٠.
(١٠) مفاتيح الشرائع: في أحكام الصلح ج ٣ ص ١٢٢.
(١١) كما في كفاية الأحكام: ج ١ ص ٦١٠.

وهو لازمٌ من الطرفين،

ما زاد عن مال الصلح وإن علم الزيادة، ولا كذلك لو لم يرض باطناً فإنّه لو علم بعد ذلك مقدار الحقّ وزيادته عمّا صالح عليه بالبيّنة أو الإقرار وكان له أخذ مازاد وكان الصلح باطلاً باطناً وظاهراً وإن كان قبل ذلك صحيحاً ظاهراً، لعدم العلم بكونه خادعاً مبطلاً في صلحه، إذ يكفي اشتباه حاله في صحّة صلحه ظاهراً.

وإن كان العالم صاحب الحقّ فقط دون الغريم ورضي بالصلح الواقع، فإن كان بقدر الحقّ أو أقلّ فالصلح صحيح في نفس الأمر عيناً كان الحقّ أو دَيناً، ولعلّه إجماعي، وكذا إذا كان زائداً عليه مع رضا الغريم باطناً، وأمّا مع عدمه فيصحّ ظاهراً لا باطناً كما قاله جماعة [1]. وقد تقدّم أيضاً التنبيه عليه. فلتلحظ هذه المباحث كلّها فإنّ للبحث فيها مجالاً.

[في أنّ الصلح عقد لازم]

قوله: ﴿وهو لازمٌ من الطرفين﴾ كما في «الشرائع [2] والنافع [3] والتحرير [4] والإرشاد [5] والتبصرة [6] والدروس [7] واللمعة [8] والمسالك [9] والروضة [10] ومجمع

---

(١) منهم المحدّث الكاشاني في مفاتيح الشرايع: ج ٣ ص ١٢٢ و١٩١، والطباطبائي في الرياض: ج ٩ ص ٤٠، والشهيد الأوّل في الدروس: ج ٣ ص ٣٢٧، والشهيد الثاني في المسالك: ج ٤ ص ٢٦٣ ـ ٢٦٤.

(٢) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢١.

(٣) المختصر النافع: في الصلح ص ١٤٤.

(٤) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ٧.

(٥) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٤.

(٦) تبصرة المتعلّمين: في الصلح ص ١١٧.

(٧) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٢٩.

(٨) اللمعة الدمشقية: في الصلح ص ١٤٨.

(٩) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٦٤.

(١٠) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٧٤ ـ ١٧٥.

لا يبطل إلّا باتفاقهما على فسخه.

البرهان[١] والمفاتيح[٢]» وهو معنى ما في «الوسيلة[٣] والسرائر[٤] والتذكرة[٥]» من أنّه إذا تمّ لم يكن لأحدهما رجوع على الآخر ولا خيار بعد انعقاده. وفي «الكفاية[٦]» أنّه لازم على المشهور من كونه أصلاً في نفسه، وهو كذلك. والوجه فيه أنّه عقدٌ والأصل فيه اللزوم للعموم. فتفريع «اللمعة» اللزوم على كونه صلحاً جائزاً جيّدٌ جدّاً، واعتراض «الروضة» بأنّ الصلح أعمّ من اللازم كأنّه في غير محلّه. ومراد الشهيد بالجائز الصحيح، لأنّه لا يتّصف عنده بالجواز وإن وقع بغير عوض كما يأتي في مسألة السكنى.

ويجيء على قول الشيخ ـ إن صحّ ما نسب إليه ـ أنّه جائز في بعض موارده إذا كان فرع العارية والهبة على بعض الوجوه كما تقدّم.

قوله: ﴿لا يبطل إلّا باتّفاقهما على فسخه﴾ كما صرّح به في أكثر ما تقدّم. وهو قضيّة كلام الباقين. وفي «الرياض[٧]» نفي الخلاف عن فسخه بالتقايل. قلت: ولأنّه تجارة عن تراض وأكل مال بطيب نفس، مضافاً إلى أدلّة استحبابها. وعن «مجمع البرهان[٨]» الإجماع عليه.

ويبطل أيضاً بظهور استحقاق أحد العوضين كما صرّح به جماعة[٩]، وسيأتي.

(١ و٨) مجمع الفائدة والبرهان: في الصلح ج ٩ ص ٣٤٠.

(٢) مفاتيح الشرائع: في أنّ الصلح من العقود اللازمة ج ٣ ص ١٢٠.

(٣) الوسيلة: في الصلح ص ٢٨٣.

(٤) السرائر: في الصلح ج ٢ ص ٦٤.

(٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الصلح ج ٢ ص ١٨٠ س ١٣.

(٦) كفاية الأحكام: فيما يعتبر في الصلح ج ١ ص ٦١٠.

(٧) رياض المسائل: في الصلح ج ٩ ص ٤٢.

(٩) منهم الشهيد الأوّل في الدروس: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٢٩، والمحقّق في ←

ولابدّ من متعاقدَين كاملَين وما يتصالحان به وعليه. ويشترط فيهما التملّك.

[في ما يشترط في المتصالحين وفي محل الصلح]

قوله: ﴿ولابدّ من متعاقدين كاملين﴾ إجماعاً كما في «التذكرة[١]» كما ستسمعه ولابدّ من صيغة ومن الإيجاب والقبول كما في «التذكرة[٢] وجامع المقاصد[٣] واللمعة[٤] والروضة[٥]» ولابدّ من المقارنة كما في «التذكرة[٦]» ونسب ذلك كلّه في «مجمع البرهان[٧]» إلى ظاهر الأصحاب. وبالجملة: حاله حال سائر العقود اللازمة. وتصحّ وظيفة كلّ من الإيجاب والقبول من كلّ منهما بلفظ «صالحت» و«قبلت» كما في «الروضة».

قوله: ﴿وما يتصالحان به وعليه. ويشترط فيهما التملّك﴾ أي لابدّ من العلم بما يتصالحان به وعليه كما في «الحواشي[٨]». والأظهر أنّ المراد أنّه لابدّ من وجود مصالح به ومصالح عليه، واشتراط العلم شيء آخر كما ستسمع. قال في «التذكرة[٩]»: أركانه أربعة: المتصالحان، ويشترط كونهما جائزي التصرّف كما في

← المختصر النافع: في الصلح ص ١٤٤، والسيّد الطباطبائي في رياض المسائل: في الصلح ج ٩ ص ٥٠.

(١) تذكرة الفقهاء: في ماهية الصلح ج ٢ ص ١٧٨ س ٢٨.

(٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام الصلح ج ٢ ص ١٨٠ س ١٢.

(٣) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٠.

(٤) اللمعة الدمشقية: في الصلح ص ١٤٨.

(٥) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٧٤.

(٦) لم نعثر عليه، فراجع.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في الصلح ج ٩ ص ٣٣٥.

(٨) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.

(٩) تذكرة الفقهاء: في ماهية الصلح ج ٢ ص ١٧٨ س ٢٧.

سائر العقود ورضاهما إجماعاً. والمصالح عليه، والمصالح عنه، ويشترط فيهما التملّك، فلو كان غير مملوك مثل خمر أو استرقاق حرّ أو استباحة بضع محرّم لم يقع ولم يفد العقد شيئاً بل يقع باطلاً بلا خلاف، وكذا يبطل على مال غيره لعدم الملكية بالنسبة إليهما.

ولعلّه أراد بالتملّك ما يشمل الحقّ كالشفعة والتحجير وإسقاط الدعوى ونحوها من الحقوق الّتي يصحّ الصلح عليها.

ووجهه أنّه من عقود المعاوضات، فلابدّ من عوضين.

وقد قيل عليه: إنّ الصلح إذا وقع موقع الابراء كما لو صالحه من الحقّ على بعضه فإنّه صحيح لعموم شرعية الصلح، وليس فيه عوضان.

وأُجيب بأنّه يكفي في حصول المغايرة الجزئية والكلّية، كذا في «جامع المقاصد[١]» لكنّ في «المبسوط[٢] والشرائع[٣] والتذكرة[٤] والتحرير[٥] والإرشاد[٦] واللمعة[٧] والدروس[٨] وإيضاح النافع والمسالك[٩] والروضة[١٠]» أنّه لو ادّعى عليه داراً فأقرّ له بها ثمّ صالحه المقرّ على سكناه فيها سنة صحّ الصلح. وقد صرّح فيها (فيما ـ خ ل) عدا المبسوط باللزوم وعدم جواز الرجوع، مع أنّه ليس هناك

(١) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١١.
(٢) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٤.
(٣) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٢.
(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام الصلح ج ٢ ص ١٨٠ س ٢٥.
(٥) تحريرالأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١١.
(٦) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٥.
(٧) اللمعة الدمشقية: في الصلح ص ١٤٨.
(٨) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٣١.
(٩) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٧٠.
(١٠) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٨١.

عوض، والعين الخارجة من يد المقرّ ليست عوضاً عن المنفعة الراجعة إليه لثبوتها للمقرّ له بالإقرار قبل أن يقع الصلح، فلا يكون في مقابلة المنفعة عوض. نعم، لو أنكر فصالح المنكر المدّعي على سكناها سنة صحّ ولزم، لأنّ السكنى عوض عن دعواه. وكذا لو كان الساكن المنكر، لأنّه عوض عن جحوده. وقد سها في ذلك القلم في «المسالك» وحكى الشهيد[1] عن شيخيه الفخر والعميد أنّه يصحّ بدون العوض ويكون فرع التمليك كما لو قال مالك المتاع: صالحتك على هذا المتاع، فقال المصالح: قبلت، فإنّه يصحّ ويكون كأنّه قال: ملّكتك هذا الكتاب، انتهى فتأمّل.

والظاهر أنّه لا نزاع كما في «مجمع البرهان[2]» في أنّه لابدّ من معلومية ما يقع عليه الصلح إذا لم يكن هو ممّا يصالح عليه، مثل ما في صحيحة محمّد بن مسلم[3]. ومعناه أنّه يستثنى منه ما إذا لم يدر كلّ واحد كم له عند صاحبه فإنّه يصحّ مع الجهالة حينئذٍ كما تضمّنه الخبر، ثمّ استظهر أنّه يكفي العلم في الجملة.

قلت: قد أوجب في «التحرير[4] والتذكرة[5]» أن يكون العوض معلوماً إن كان ممّا يحتاج إلى تسليمه لا فيما إذا كان لا يحتاج إلى تسليمه، ولا سبيل إلى معرفته كالمتنازعَين في مواريث مجهولة، لكنّ عبارة التحرير أظهر في المراد من عبارة التذكرة وإن كان قد يظهر منها الإجماع. وفي «الدروس[6]» أنّ الأصحّ أنّه يشترط العلم بالعوضين إذا أمكن، وهو الظاهر منه في موضعين آخرين. وقد سمعت ما في

---

(١) لم نعثر عليه.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في الصلح ج ٩ ص ٣٣٨.

(٣) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب أحكام الصلح ح ١ ج ١٣ ص ١٦٥.

(٤) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١٣.

(٥) لم نعثر عليه.

(٦) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٢٧.

«الحواشي[1]» وقد تقدّم[2] نقل ما في «الكتاب وحواشيه والتنقيح والمهذّب البارع والمسالك». وفي «الإرشاد[3]» لابدّ من العلم بما وقع عليه الصلح وأنّه تكفي المشاهدة في الموزون. وقد أطال المقدّس الأردبيلي في الاستدلال بما لا ينهض دليلاً، وإن صحّ ما حكي عن المبسوط من الفرعية كان الشيخ فيه موافقاً لهؤلاء في بعض مخالفاً لهم في آخر.

هذا ولا يشترط في مورد الصلح أن يكون مالاً فيصحّ عن القصاص وعن عيب المبيع، سواء قلّ العوض أو كثر، ولإسقاط الدعوى وإسقاط الخيار والتحجير وحقّ الشفعة والأولوية في موضع مباح من الخان والسوق والمسجد والمدرسة كما صرّح به في «التذكرة[4]» وغيرها[5]. وهو معنى قوله فيها أيضاً «ولا يجوز الصلح على ما ليس بمال ممّا لا يصحّ أخذ العوض عنه». والحاصل: في المقام هو ما قاله فيها أيضاً من أنّه يصحّ الصلح عن كل ما يصحّ أخذ العوض عنه وإن لم يجز بيعه، ولا خلاف بينهم على الظاهر في ذلك.

فعلى هذا لا يصحّ الصلح عن إسقاط الدعوى بحلف المنكر للمدّعي على أنّه بريء ممّا يدّعيه، لأنّ صحّة ذلك فرع جواز مقابلة حلف المنكر بمالٍ حتّى يكون حقّاً ماليّاً يصحّ فيه الصلح. وفرع كون هذا الصلح يفيد المدّعي فائدة لا تعود عليه بنقض مراده أو كرّ على أعظم ممّا فرّ منه.

أمّا الأوّل فلا ريب أنّ المدّعي إذا كان قاطعاً بكذب المنكر وأنّه ظالم عالم

---

(١) تقدّم في ص ٣٢.

(٢) تقدّم ما في الكتاب في ص ٢٤ وما في حواشيه والتنقيح والمهذّب والمسالك في ص ٢٧ و٢٨، فراجع.

(٣) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٤.

(٤) تذكرة الفقهاء: في بيان ما يصحّ الصلح عليه ج ٢ ص ١٩٤ س ٣.

(٥) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١٣.

غير غافل كانت يمينه حراماً لا تجوز المصالحة عليها*.

ولا يرد مثل ذلك فيما إذا صالح المنكر المدّعي الكاذب على إسقاط دعواه بمال، لأنّه مضطرّ إلى ذلك ويريد دفع ظلمه له وضرره عنه كما هو واضح، وقد تقدّم بيانه. والمدّعي فيما نحن فيه مختار، وقد أوجب على المنكر بعقد الصلح الكذب الصريح إن صحّ الصلح كما يقوله الخصم.

ولا يرد أيضاً مثل ذلك ما إذا حلّفه الحاكم، لأنّ الحاكم لم يلزمه بذلك في عقدٍ ولا غيره، وإنّما يخيّره بين الحلف والردّ وأداء المال، فإذا خالف وحلف فقد ظلم نفسه وصاحبه باختياره، وللمدّعي حاجة في تحصيل ماله، فلا إعانة منه على الإثم ولا معاوضة له عليه تلزمه بذلك، فلم يكن الحلف هنا سائغاً فضلاً عن كونه ممّا يقابل بمال، فلا يصحّ الصلح به عن إسقاط الدعوى.

وأمّا الثاني وهو أنّه لا فائدة فيه فلأنّ أقصى ما يتخيّل أنّ للمدّعي أن يقول: إنّ الخصومة عند الحاكم مكروهة وأنا أُصالحك حتّى لا أحضر، وهذا أوهن شيء، لأنّه يكون قد فرّ من المكروه إلى الحرام، ثمّ إنّ المنكر إذا حلف براً كما تقولون وعاد النفع عليه بسقوط الدعوى عنه ولم يحصل للمدّعي شيء يفيده.

فإن قلت: لعلّه ينكل فيؤدّي ما ادّعاه عليه. قلت: هذا نكول عند غير القاضي فلا يلزم به بالحقّ قولاً واحداً، على أنّه لو انتفع بترك الحلف لزم الخلف، لأنّ العقد كان على الحلف فعاد إلى تركه، وقد قلنا: إنّ النكول لا يلزمه بالحقّ، فعادت الدعوى باقية على حالها والمقصود إسقاطها.

ومثله ما إذا كان غرضه من تحليفه كاذباً هلاكه ليتشفّى به، فإنّه صلحٌ على حرام

---

* ـ سواء كان المنكر كما اعتقد المدّعي أو لا، إذ الشأن فيه كما لو علم زيد أنّ ما في يد عمرو، خمر، وعمرو، يعتقد أنّه خلّ فإنّه لا يجوز لزيد شراؤه منه. (منه ﷺ)

لغرضٍ حرام، وقد عرفت حال النكول، على أنّ هذا ليس من مباحث العلماء.

وأمّا إذا كان المدّعي عالماً بأنّ المنكر ناسٍ قاطع بعدم شغل ذمّته وأنّه يحلف على البتّ واليقين كان بذله له مالاً على ذلك من السفه العظيم، فالمصالحة عليه بإسقاط الدعوى كذلك، واحتمال وجود مصلحة في ذلك مع ظهور ذلك تعويل على الهبا واتّكال على المنى، على أنّه يكون قد صالح على الكذب على المذهب المشهور من أنّه مخالفة الواقع لا كما يقوله الجاحظ [١] والنظّام [٢].

وأمّا إذا كان ظانّاً كأن كان وليّاً ليتيم أو مدّعياً عليه بسرقة أو غصب أو قتل فإنّ دعوى الظانّ تسمع في هذه، فإن كان الأوّل فلا يصحّ أن يقابل حلف المنكر بمالٍ ليرفع عنه كراهية الحضور عند الحاكم أو يحصل له الاطمئنان، لأنّه يجب عليه الحضور عند الحاكم، لأنّه مال يتيم واطمئنانه لا يجدي جدوى في إسقاطه دعوى اليتيم عنه إذا بلغ قطعاً، ويغرم ما دفعه في مقابلة الحلف من ماله لا من مال اليتيم، لأنّه يقول له: كنت تحضره عند الحاكم فلعلّه كان يقرّ ولا ضرر عليك، لأنّه لا ردّ عليك، فكانت مصالحتك عبثاً محضاً.

وأمّا إذا ادّعي على أحد هذين أنّه سرق أو غصب أو قتل وهو قاطع بأنّ أحدهما سارق أو غاصب ظانّ بكلّ واحد منهما فالصلح على يمين كلّ واحدٍ منهما بانفراده كالصلح على ما يحتمل أنّه خمر، وهو باطل، ثمّ إنّ أحد الصلحين وقع على ما هو خمرٌ قطعاً.

وأمّا إذا قال: إنّي أظنّ أنّ لي عندك مائة مثلاً فصالحني على حلفك بخمسين أدفعها لك مثلاً حتّى أطمئن، فإن كان المدّعى عليه عالماً بأنّه مشغول الذمّة له لا يصحّ له أن يصالحه لأنّه يكون قد صالح على حرام هذا إن سلّمنا جواز التحليف

---

(١) المطوّل للتفتازاني: ص ٤٠ س ٢٧ ـ ٤١.

(٢) المطوّل للتفتازاني: ص ٣٩ س ٦ ـ ٤٠.

للظنّ، وإن كان المدّعى عليه عالماً بالعدم مع الصلح ـ إن كان يصحّ على غير حقّ ـ لأنّ الدعوى المظنونة ليست حقّاً ولا يلتفت إليها. وهذا (وعلى هذا ـ خ ل) أيضاً إن سلّمنا مشروعية اليمين وبذلها في مثل ذلك حيث لا باعث عليها ولا ضرورة إليها، ولا سيّما إذا كان المقابل لها مال يسير جدّاً، فإن صحّ هذان صحّ الصلح على إسقاط الدعوى الّتي ليست بدعوى في هذا الفرد النادر، وإن قلنا: إنّ الدعوى المظنونة حقّ وتسمع ويطلب لأجلها اليمين كان مصالحة المدّعي على حلفه مصالحة على ما يظنّ أنّه خمر، لأنّه ظانّ بكذبه، ويكفي في البطلان احتمال كذبه وكون ما في يده خمراً فضلاً عن ظنّه. وقد سمعت ما في «الكفاية[1]» عند شرح قوله «ويصحّ على الإقرار والإنكار» في آخر المسألة، وستسمع[2] ما في «التذكرة والتحرير» عند شرح قوله «ولو صالح الأجنبي المدّعي لنفسه ... إلى آخره».

قال في «التذكرة[3]» ما نصّه: إنّ جواز الدعوى من المصالح مشروطة بعلم صدق مدّعي المصالح، فإن لم يعلم لم يجز له دعوى شيء لا يعلم ثبوته. ونحوه ما في «التحرير[4]» وبعض مشايخنا[5] المعاصرين جرى[6] ذلك في كلّ رطبٍ ويابس.

ثمّ إنّه إذا حلف بدون طلب الحاكم لا يسقط الدعوى، وهي معاطاة الصلح، لأنّه حينئذٍ برضاهما، فإذا لم تصحّ المعاطاة فيه لا يصحّ العقد عليه.

ثمّ إنّ ثمرة المسألة سقوط البيّنة لو اُقيمت بعد الدعوى. وفيه: أنّ ما دلّ على سقوط البيّنة باليمين مختصّ بحكم التبادر وغيره باليمين المعهودة.

وممّا ذكر يعلم أنّه لا يصحّ الصلح على استحقاق ولا على استحقاق الإنكار.

---

(١) تقدّم في ص ١٩ و٢١ و٢٢.

(٢) يأتي في ص ١٥٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: في بيان ما يصحّ الصلح عليه ج ٢ ص ١٩٢ س ٢٩.

(٤) التحرير: في الصلح ج ٣ ص ٨.

(٥) لم نعثر على هذا البعض في الكتب المعدّة للنقل ويمكن انّه استفاده من مجلس المذاكرة.

(٦) الصحيح أن يقال: أجرى.

ولو صالح على عينٍ بأُخرى في الربويّات ففي إلحاقه بالبيع نظر،

وسيأتي للمحقّق الثاني عند شرح قوله «ولو صالح الأجنبي» الميل إلى صحّة الأوّل.

هذا وقد تأمّل مولانا الأردبيلي [1] في نحو المسجد، ولعلّه لأنّه متأمّل في جواز أخذ العوض عنه. وفي «الدروس [2]» لا يصحّ عن الحدّ والتعزيرات والقسم بين الزوجات يعني على تركه. قلت: وكذا ترك الاستمتاع بهنّ. وظاهر نكاح «التحرير [3]» التوقّف في الاعتياض عن القسم أو تمريضه. وفي «الروضة [4]» أنّ له وجهاً، وتمام الكلام في النكاح.

[في الصلح بين الربويّين]

قوله: ﴿ولو صالح على عينٍ بأُخرى في الربويّات ففي إلحاقه بالبيع نظر﴾ كما في «التذكرة [5]». ومنشأ النظر في الكتابين: من إمكان اختصاص الربا بالبيع، لأنّه المتبادر من الإطلاق، وكذا القرض، ويبقى غيرهما على أصل الإباحة مؤيّداً بظواهر الآيات والأخبار الدالّة على حصول الإباحة بالتراضي وعلى حصر المحرّمات. وليس هذا منها، وأنّ الناس مسلّطون على أموالهم [6]، خرج البيع والقرض وبقي الباقي. وقد قال في «مجمع البيان [7]» في تفسير قوله جلّ شأنه

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في الصلح ج ٩ ص ٣٣٩.
(٢) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٣٠.
(٣) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ٥٨٩.
(٤) الروضة البهية: في القسم ج ٥ ص ٤٢٣.
(٥) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨١ س ٢٣.
(٦) هذا يستلزم أن يدلّ قوله «الناس مسلّطون على أموالهم» على مطلق التصرّفات الحاصلة من المالك كمّاً وكيفاً، أمّا لو لم يدلّ إلّا على التصرّفات الحاصلة كمّاً أو لم يدلّ إلّا على أصل السلطة والتصرّف على الإجمال من غير دلالة على مقداره كمّاً أو كيفاً فلا يمكن الاستدلال به على المدّعى، فتأمّل جدّاً.
(٧) مجمع البيان: ج ٢ ص ٣٨٩.

﴿إنّما البيع مثل الربا﴾: إنّ البيع الخالي عن الربا مثل البيع المشتمل عليه. وهذا قد يرشد إلى التخصيص، وأنّه يلزمه عدم جواز الزيادة في الهبة المعوّضة، لأنّ الزيادة مطلقاً عند الخصم حرام في الربويين، إلّا أن تقول: إنّه خرج بالإجماع فتأمّل.

ومن أنّ ظاهر قوله تعالى: ﴿وحرّم الربا﴾ يقتضي تحريم الزيادة في المتماثلين في كلّ المعاوضات، وقول الصادق عليه السلام لعبدالرحمن بن الحجّاج لمّا سأله أيجوز قفيز من حنطة بقفيزين من شعير: «لا يجوز إلّا مثلاً بمثل»[1]. وترك الاستفصال دليل العموم، والضعف منجبر بالشهرة كما ستعرف، وقوله عليه السلام أيضاً في صحيحة الحلبي: «الفضّة بالفضّة مثلاً بمثل، والذهب بالذهب مثلاً بمثل ليس فيها زيادة ولا نقصان، الزائد والمستزيد في النار»[2]. وأيضاً فإنّه حرام، ومعلوم كونه بمعنى الزيادة، وليس بمعلوم نقله، فيجب حمله على معناه اللغوي، ويخرج منه ما هو حلال بالإجماع ويبقى الباقي تحت التحريم كما يرشد إليه عدم تخصيصهم له بالبيع بل جرّوه في القرض، مضافاً إلى ما ورد في علّة تحريمه من ذهاب المعروف وتعطيل المعاش. وقد يقول المخصّصون بأنّا لا نقول بنقله، بل يقولون: الزيادة المحرّمة إنّما هي في البيع والقرض لمكان التبادر والإجماع، وليست تلك علّة شرعية، وإنّما هي لبيان الحكمة، وإلّا لبطلت الحيل الّتي ذكرها الفقهاء ودلّت عليها الأخبار.

وكيف كان، فالقائل بالأوّل المصنّف في ربا «الإرشاد[3] والكتاب[4]» وصلح «المختلف[5]» وظاهر دَين «الشرائع[6]» وصلح «التحرير[7]» في مواضع و«جامع المقاصد[8]».

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٨ من أبواب الربا ح ٢ ج ١٢ ص ٤٣٨.
(٢) وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب الصرف ح ١ ج ١٢ ص ٤٥٦.
(٣) إرشاد الأذهان: في الربا ج ١ ص ٣٧٧. (٤) قواعد الأحكام: في الربا ج ٢ ص ٦٠.
(٥) مختلف الشيعة: في الصلح ج٦ ص ٢١٤. (٦) شرائع الإسلام: في القرض ج ٢ ص ٦٧ ـ ٧١.
(٧) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ٧ و١١ و١٢.
(٨) الموجود في جامع المقاصد هو التصريح بإلحاق الصلح بالبيع في مجيء الربا فيه، فإنّه ←

وهو ظاهر كلّ من فسّره (عرفه ـ خ ل) بأنّه شرعاً بيع أحد المتماثلين بالآخر مع شرائط اُخر حيث أخذوا في تعريفه البيع دون المعاملة، وقد وقع هذا التعريف في «السرائر[١] والتحرير[٢] والتذكرة[٣] وشرح الإرشاد[٤]» لفخرالإسلام و«تعليقه» للكركي[٥] و«المسالك[٦]» وغيرها[٧]. ولكنّ الأمر في هذا سهل. نعم لهم في الباب عبارات ظاهرة في ذلك كقولهم: لو صالح على المؤجّل بإسقاط بعضه حالّاً صحّ، وقد نسبه في «الدروس[٨]» إلى إطلاق الأصحاب، وقولهم: لو أتلف عليه ثوباً قيمته عشرة فصالحه بأزيد أو أنقص صحّ. وهذا هو المشهور مع أنّه يؤدّي إلى الربا، ولهذا منعه في «المبسوط والخلاف» كما ستعرف، فيكون مختصّاً بالبيع إلّا أن تقول: إنّ الصلح في المثال الأوّل ليس معاوضة، أو أنّ النقيصة في مقابلة الحلول، وأنّ الصلح في الثاني ليس على القيمة بل على المثل، وهذا مبنيّ على أنّ القيمي

ــــــــــــــــــــ

← قال في باب الربا عند قول المصنّف «ولا يثبت الربا في غير البيع»: سيأتي في الصلح تردّده في ثبوت الربا فيه، والأصحّ ثبوته في كلّ معاوضة، عملاً بإطلاق قوله: ﴿وحرّم الربا﴾ (جامع المقاصد: ج ٤ ص ٢٦٦). وقال في باب الصلح في وجه إلحاق الصلح بالبيع: ينشأ من إمكان اختصاص الربا بالبيع فيتمسّك في الصلح بأصالة الجواز، ومن أنّ ظاهر قوله: ﴿وحرّم الربا﴾ يقتضي تحريم الزيادة في المتماثلين في كلّ المعاوضات، فلا يختصّ بالبيع وفي هذا قوّة وتمسّك بجانب الاحتياط، انتهى موضع الحاجة (جامع المقاصد: ج ٥ ص ٤١١). وأنت ترى أنّ عبارته في المقامين صريحة في الحكم بالربا في الصلح بل في كلّ معاوضة دليلاً واحتياطاً.

(١) السرائر: في شرائط المال الربوي ج ٢ ص ٢٥٣.

(٢) تحرير الأحكام: في ماهية الربا ج ٢ ص ٣٠١.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الربا ج ١٠ ص ١٣٤. (٤) شرح الإرشاد: في الربا ص ٥١ س ١٠.

(٥) لم يصرّح الكركي في تعليقته بمجيء الربا في الصلح وعدمه إلّا أنّه حيث مضى على كلام المصنّف في الربا: «وإنّما يثبت في بيع أحد المتساويين جنساً بالآخر ... إلخ» ولم يعلّق عليه بشيء، فمعناه أنّه ارتضى به ولم ير فيه ما يرد فيه شيء، وهذا دأب كلّ محقّق محشٍّ على أيّ كتاب، فراجع حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركيّ وآثاره ج ٩): ص ٤٠٨ ـ ٤٠٩.

(٦) مسالك الأفهام: الربا ج ٣ ص ٣١٦. (٧) تبصرة المتعلّمين: في الربا ص ٩٤.

(٨) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٢٣١.

يضمن بمثله، وهو غير المشهور المعروف. ويأتي تمام الكلام في هاتين المسألتين.

وقد قلنا في باب الربا[١]: إنّ ذلك قد يظهر من «المبسوط والخلاف والمراسم والوسيلة ومجمع البيان» واطّراد ظهوره من «المبسوط والخلاف» في غير الصلح، وكأنّه ظاهر «الانتصار[٢]» في الباب.

وأمّا القول الثاني ـ وهو أنّه ثابت في كلّ معاوضة من صلح وغيره ـ فهو خيرة الأكثر كما في آيات الأردبيلي المسمّاة بـ«زبدة البيان في فقه القرآن[٣]» وهو المحكيّ[٤] عن السيّد والشيخ والقاضي وابن المتوّج، وصريح «الإيضاح[٥] والدروس[٦] والمهذّب البارع[٧] والمقتصر[٨] وإيضاح النافع والروضة[٩] والمسالك[١٠] والشرائع[١١]» في باب الغصب وظاهرها في المقام[١٢]. وفي «جامع المقاصد[١٣]» أنّ فيه قوّة وتمسّكاً بجانب الاحتياط، وجزم به في باب الربا[١٤].

وأمّا الشيخ والقاضي فإن صحّ ما حكي عنهما من جعله بيعاً أو فرعاً له فلا إشكال في تحريم الزيادة عندهما.

هذا وقد قال في «الإيضاح[١٥]» في شرح العبارة: ألحقه الشيخ بالربويّات، وهو

---

(١) تقدّم ذلك وما قبله من قوله: ولهم عبارات إلى قوله: يؤدّي إلى الرّبا في ج ١٤ ص ١٠.
(٢) الانتصار: في الربا ص ٤٤٣.
(٣) زبدة البيان: في الربا ص ٤٣٢.
(٤) حكاه السيّد عليّ في رياض المسائل: في الربا ج ٨ ص ٢٧٩.
(٥) إيضاح الفوائد: في الصلح ج ٢ ص ١٠٤.
(٦) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٢٨.
(٧) المهذّب البارع: في الصلح ج ٢ ص ٥٣٨.
(٨) المقتصر: في الصلح ص ١٩٨.
(٩) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٨٠.
(١٠) مسالك الأفهام: في الغصب ج ١٢ ص ١٩٦.
(١١) شرائع الإسلام: في الغصب ج ٣ ص ٢٤٠.
(١٢) المصدر السابق: في الصلح ج ٢ ص ١٢٢.
(١٣) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١١.
(١٤) المصدر السابق: في الربا ج ٤ ص ٢٧٦.
(١٥) إيضاح الفوائد: في الصلح ج ٢ ص ١٠٤.

اختيار ابن البرّاج، وهو مبنيّ على إحدى قاعدتين: الأُولى هل الصلح فرع البيع أم لا؟ الثانية هل الربا يشمل جميع المعاوضات أم يختصّ بالبيع[١]؟

وفي «جامع المقاصد[٢]» أنّ هذا كلام فاسد، لأنّه لا معنى لإلحاقه بالربويّات عند الشيخ وابن البرّاج، إذ هو بيع على قولهما، ثمّ بناء ذلك على قاعدتين أعجب، وإن كان المبني كلام المصنّف فأغرب، لأنّ المصنّف قد حكم سابقاً بأنّه أصل برأسه لا فرع على غيره فكيف يكون تردّده لاحتمال كونه فرعاً؟ وإنّما تردّده لاحتمال عدم اختصاص الربا بالبيع، انتهى.

قلت: أنت قد عرفت أنّ الشيخ في المبسوط بعد أن ذكر أنّه فرع البيع قوّى أنّه أصل برأسه، فمعنى قوله في «الإيضاح»: ألحقه الشيخ بالربويّات ... إلى آخره، أنّه جعله ممّا يجري فيه الربا من بيع وقرض إذا صالح في الربويّات، وأنّ هذا منه ـ أي من الشيخ ـ مبنيّ على إحدى قاعدتين، وهي أنّ الصلح فرع البيع إن استقرّ رأي الشيخ عليه، لأنّه لم يجزم به في المبسوط، وإن كان مذهبه أنّه أصل برأسه كما قوّاه أخيراً كان مبنيّاً على القاعدة الأُخرى، وهو واضح لا غبار عليه. وليس معنى قوله في «الإيضاح»: ألحقه الشيخ بالربويّات أنّه ألحقه بالبيع خاصّة حتّى يتعجّب منه،

(١) أقول: تفريع صحّة الصلح بين العينين الربويّين وعدم صحّته على كون الصلح فرع البيع وعلى أنّه هل يجيء الربا في جميع المعاملات أم يختصّ بالبيع ممّا لايكون له معنى محصل ومفهوم مقبول؟ وذلك لأنّ قوام الصلح وحقيقته إنّما هو فصل الخصومة وإصلاح ذات البين سواء كانت الخصومة وما في البين أمراً فعليّاً أو مقتضياً للخصومة والبين وليس فصل الخصومة وإصلاح ذات البين في باب الصلح مبتنياً على حفظ التعادل والتساوي بين المصالح به والمصالح عليه بل ربّما يكون البدل والعوض شيئاً يسيراً مع أنّ المبدل شيءٌ كثيرٌ يعدل أضعاف البدل، ومع ذلك كلّه كيف يمكن مجيء الربا الّذي قوامه إثباتاً على زيادة أحدهما على الآخر ونفياً على التعادل والتساوي بينهما، فالقول بمجيء الربا في الصلح هدمٌ لأركان الصلح سواء قلنا بأنه فرع البيع أم قلنا بأنه أمر مستقلٌ عن البيع، وفي ذلك تعرف الحال في الفروع الآتية المذكورة في كلام المصنّف والشارح رحمهما الله تعالى.

(٢) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١١.

وكذا في الدَين بمثله،

على أنّ المصنّف عبّر بالإلحاق أيضاً في «الكتاب والتذكرة» فيكون أراد في الإيضاح بيان الوجه في إلحاق الشيخ له بالربويّات ليعلم منه وجه النظر في كلام المصنّف باعتبار القاعدة الثانية. ويحتمل أن يكون أراد أنّ النظر في كلام المصنّف مبنيّ على إحدى قاعدتين، فإمّا أن تكون هي الاُولى، وقد عرفت أنّ مختاره أنّه أصل برأسه، فتعيّن أن تكون هي الثانية الّتي جزم بها في «**جامع المقاصد**». وقد يكون أراد في «**الإيضاح**» التردّد بين الاُولى والثانية، فيكون مراده أنّ المصنّف رجع عن الجزم إلى التردّد، وكم له مثل ذلك. ويكون بيان مذهب الشيخ توطئة لاحتمال تردّد المصنّف بعد جزمه، فيكون المراد: لا تستعظم التردّد بعد الجزم، لأنّ الشيخ والقاضي قائلان بأنّه فرع البيع. ثمّ إنّه سيأتي للمصنّف قريباً فيما إذا صالح عن (من ـ خ ل) ألف حالّة بخمسمائة مؤجّلة أنّه إبراء على إشكال، وقد أقرّه في «**جامع المقاصد**» ولم يستغربه منه حيث تقدّم له أنّه أصل برأسه، والغرض تصحيح كلام الفحول الكبار وتنزيله على وجهٍ ظاهرٍ قريبٍ جدّاً ورفع الاستعجاب عنه والاستغراب منه، وإلّا فلا فائدة مهمّة في تحرير ذلك.

وجعل وجه النظر في «**الحواشي**[1]» من أنّه وسيلة إلى الربا ومن أنّه أصل برأسه.

قوله: ﴿وكذا في الدَين بمثله﴾ كما ذكر ذلك في «التذكرة[2]». قال في «**الإيضاح**[3]» ذكر هنا فرعين على كون الصلح بيعاً أم لا، الأوّل: أنّه لو صالح على دَين بمثله فعلى كون الصلح بيعاً لا يصحّ، وعلى كونه ليس ببيع يصحّ. الثاني: لو

(١) لم نعثر عليه في حواشي الشهيد الموجودة لدينا.
(٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام الصلح ج ٢ ص ١٨١ س ٣٣.
(٣) إيضاح الفوائد: في الصلح ج ٢ ص ١٠٥.

صالح على ألف بخمسمائة ... إلى آخره. ولا يعجبني جعله تفريعاً كالثاني. ونِعم ما قال في «جامع المقاصد[1]» قال: أي وكذا يجيء النظر في الصلح عن الدَين بمثله ـ أي بدَينٍ آخر ـ فإنّه يحتمل عدم صحّته نظراً إلى مشاركته للبيع في علّة المنع فيشتركان في الحكم، والأصحّ العدم.

قلت: عبارة الكتابين* ذات وجهين:

الأوّل: أن يكون هذا قسماً من المسألة الأُولى في لحوق الربا، لأنّه لمّا تأمّل في الصلح على العين بالعين عطف عليه الصلح على الدَين بالدَين، ولمّا كانت الأُولى في الربويّات فلتكن الثانية كذلك، ولكنّه كان يغني عن ذلك كلّه أن يقول: ولو صالح في الربوي ففي إلحاقه بالبيع نظر، لأنّه يشمل الصلح على العين بالعين والدَين بالدَين، لكن ما ذكره أوضح، أو يكون أفاد بذلك أمراً آخر، وهو أنّ الأقسام الممكنة هنا ثلاثة، وأنّ النظر مختصّ باثنين منها. وأمّا الثالث وهو الصلح على الدَين بالعين فإنّه جائز جزماً أو غير جائز جزماً، لكن يرد عليه أنّه أيضاً محلّ إشكال ولا جزم فيه عنده بأحد الأمرين.

الثاني: ما أشار إليه في «الإيضاح وجامع المقاصد» وهو الصلح على الدَين في ذمّة زيد بالدَين الّذي في ذمّة عمرو. ووجه النظر حينئذٍ أنّه هل يلحق بالبيع في المنع على القول بأصالة الصلح في نفسه؟ يحتمل ذلك، لوجود المعنى المحرّم لبيع الدَين بالدَين في الصلح، إذ هو التغرير في المالين (بالمالين ـ خ ل). ويحتمل المنع اقتصاراً على النصّ وعملاً بعموم شرعية الصلح.

وأمّا الصلح على الدَين بالعين بهذا التفسير ـ يعني غير الربوي ـ فإنّه جائز

* ـ أي التذكرة والكتاب. (منه ﷺ)

---

(١) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٢.

فإن ألحقناه فسد لو صالح من (عن ـ خ ل) ألفٍ مؤجّل بخمسمائة حالّة،

قطعاً كالصلح فيه على العين بالعين، وقد قسّمنا بيع الدَين في بابه إلى ثمانية أقسام، وهي تجري في الصلح: الأوّل بيع الدَين المؤجّل الّذي لم يحلّ بعقد آخر بدَين كذلك. الثاني: أن يكونا مؤجّلين بهذا العقد كأن يبيع متاعه مؤجّلاً بثمنٍ كذلك. الثالث: بيع الدَين المؤجّل الّذي لم يحلّ بحاضر مشخّص مشار إليه. الرابع: بيع دَين حالّ بحاضر مشار إليه. الخامس: بيع دَين مؤجّل حالّ بدَين كذلك. السادس: بيع دَين مؤجّل حالّ بمضمون في الذمّة حالّ. السابع: بيع دَين مؤجّل حالّ بثمن مؤجّل كأن يبيعه نسيئة. الثامن: ما إذا كان لكلّ منهما دَين على الآخر فيتبايعان بالدَينين.

قوله: ﴿فإن ألحقناه فسد لو صالح من ألفٍ مؤجّل بخمسمائة حالّة﴾ أي إن ألحقنا الصلح بالبيع في تحريم الربا فسد هذا الصلح المذكور كما ذكر ذلك في «التذكرة[1] وجامع المقاصد[2]» أي فيكون كما لو باع ألفاً مؤجّلة بخمسمائة حالّة، وهو فاسد لوجود الربا فيه من وجهين. وقد نصّ على صحّة هذا الصلح في «التحرير[3]» وهو قضية كلام «المختلف[4]» وأبي عليّ، وستسمع ما في «الدروس» من نسبته إلى إطلاق الأصحاب. وجزم في «المبسوط[5]» بفساد المعاملة على الدراهم ببعضها مطلقاً.

وقال في «الدروس[6]» إذا صالح على المؤجّل بإسقاط بعضه حالاً صحّ إذا

---

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام الصلح ج ٢ ص ١٨١ س ٣٣.
(٢) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٢.
(٣) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١٢.
(٤) مختلف الشيعة: في الصلح ج ٦ ص ٢١٧.
(٥) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠٤.
(٦) الدروس الشرعيّة: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٣١.

كان بغير جنسه، وأطلق الأصحاب الجواز، إمّا لأنّ الصلح ليس معاوضة، أو لأنّ الربا مختصّ بالبيع، أو لأنّ النقيصة في مقابلة الحلول.

قلت: الاحتمال الأخير ضعيف، وأضعف منه الاحتمال الأوّل، ولعلّه نظر في نسبته إلى إطلاق الأصحاب إلى قولهم في باب الدَين: يصحّ تعجيل المؤجل بإسقاط بعضه مع التراضي، لأنّ هذه العبارة وقعت في «الانتصار[1] والسرائر[2] والشرائع[3] والتحرير[4] والتبصرة[5]» وغيرها[6]، وفي الأوّل الإجماع عليه، ومن طرق الإسقاط الإبراء والعفو والصلح، والظاهر الثاني كما فهمه الشهيد لا مطلق الرضا، لأصالة بقاء الملك إلى أن يتحقّق المزيل شرعاً، وإلّا فالمتعرّض لصحّته في المقام قليل جدّاً كما عرفت.

وقد استدلّوا عليه هناك بمرسل أبان بن تغلب[7] عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يكون له على الرجل دين فيقول له قبل أن يحلّ الأجل: عجّل النصف من حقّي على أن أضع عنك النصف، أيحلّ ذلك لواحد منه؟ قال: نعم. ونحوه حسنة الحلبي أو صحيحته[8].

وقال في «الدروس[9]» أيضاً: لو صالح عن الربوي بنقيصة من جنسه روعي أحكام الربا، لأنّها عامّة في المعاوضات على الأقوى، إلّا أن تقول: الصلح هنا

(١) الانتصار: في الصرف ص ٤٤٤ مسألة ٢٥٥.
(٢) السرائر: في الصلح ج ٢ ص ٦٨.
(٣) شرائع الإسلام: في القرض ج ٢ ص ٦٨.
(٤) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١٢.
(٥) تبصرة المتعلّمين: في الدين ص ١١١.
(٦) مسالك الأفهام: في القرض ج ٣ ص ٤٥٦.
(٧ و٨) وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب الصلح ح ٢ و١ ج ١٣ ص ١٦٨.
(٩) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٢٨.

ولو صالح من ألفٍ حالّ بخمسمائة مؤجّلة فهو إبراء على إشكال، ويلزم التأجيل.

ليس معاوضة بل هو في معنى الإبراء، وهو الأصحّ، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله قال لكعب بن مالك لمّا تقاضى ابن أبي حديد دَيناً كان له في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتّى سمعها رسول الله صلى الله عليه وآله، فخرج إليهما فنادى: يا كعب، قال: لبّيك. قال: فأشار إليه أن ضع الشرط من دَينك وأتبعه بالباقي. قال: قد فعلت أترك الشرط وأتبعه ببقيّته [1]. وروي ذلك عن الصادق عليه السلام [2]. وينبغي أن تكون صورته: صالحتك على ألف بخمسمائة. فلو قال «بهذه الخمسمائة» ظهرت المعاوضة. والأقوى جوازه أيضاً لاشتراكهما في الغاية، انتهى.

قلت: قد اختار في «الدروس [3]» أنّ الصلح أصلٌ برأسه، فكيف يقول: إنّه ليس معاوضة بل في معنى الإبراء؟ ثمّ إنّ الرواية الّتي استند إليها ليست بصحيحة ولا صريحة، لأنّها لم تشتمل على لفظ الصلح، وإنّما اشتملت على الترك الصريح في الإبراء ونحن نقول بموجبه، وكلامنا في العقد الواقع بلفظ الصلح.

قوله: ﴿ولو صالح من ألفٍ حالٍّ بخمسمائة مؤجّلةٍ فهو إبراء على إشكال، ويلزم التأجيل﴾ كذا قال في «التذكرة [4]». وفي «جامع المقاصد [5]» أنّ الّذي يقتضيه النظر البطلان للزوم الربا المحرّم. وفي «التحرير [6]» أنّ الوجه الصحّة.

---

(١) سنن أبي داود: ج ٣ ص ٣٠٤، باب الصلح ح ٣٥٩٥ مع اختلاف يسير في اللفظ.
(٢) مستدرك الوسائل: ج ١ ج ١٣ ب ٤ ص ٤٤٣.
(٣) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٢٨.
(٤) تذكرة الفقهاء: في ماهية الصلح ج ٢ ص ١٧٨ س ٢٤.
(٥) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٣.
(٦) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١٢.

وهو قضيّة كلام «المختلف[١]».

وفي «الإيضاح[٢]» الأصحّ أنّه معاوضة لمخالفة الحالّ والمؤجّل والزائد والناقص. ومعناه أنّ المغايرة بين العوضين ثابتة وأنّ أحدهما وقع في مقابلة الآخر فتكون معاوضة، ويجيء فيها احتمال الربا وعدمه. واحتمل ـ أي في الإيضاح ـ الإبراء. وبه جزم في «الدروس[٣]» لأنّه ليس إلّا إسقاط بعض ما في الذمّة وتأجيل الباقي، والرواية النبوية إن كانت ممّا يستدلّ به فليستدلّ بها هنا. ومنه يعلم وجه الإشكال وجعل منشأه في «الحواشي[٤]» من أنّه إبراء محض، ومن عدم لفظ الإبراء. وظاهره أن لا معاوضة فيه.

وممّا ذكر يعرف فرق المصنّف بين هذه والّتي قبلها أنّه في الّتي قبلها جعل الحلول في مقابلة الخمسمائة فامتنع الإبراء فيها، لأنّ الإبراء إسقاط محض، بخلاف الأخيرة، فإنّ الخمسمائة المسقطة ليست في مقابلة شيء، والأجل المشروط نقصان آخر، وهو ـ أي الفرق ـ ليس بشيء. وفي «جامع المقاصد[٥]» أنّ ضعفه ظاهر. وأمّا لزوم التأجيل إن قلنا بالصحّة فواضح. والمخالف الشافعي فيما حكى[٦] الشهيد لمّا جزم بأنّه إبراء من خمسمائة، قال: لا يلزم الأجل بل يستحبّ الوفاء[٧] به.

وفي «الدروس[٨]» أنّه لو صالحه عن ألف مؤجّلة بألف حالّة احتمل البطلان، لأنّه في معنى إسقاط الأجل، وهو لا يسقط بإسقاطه. نعم لو دفعه إليه وتراضيا جاز. وكذا لو صالح عن الحالّ بالمؤجّل بطل، زاد في العوض أو لا، إذ لا يجوز

(١) مختلف الشيعة: في الصلح ج ٦ ص ٢١٦ ـ ٢١٧.
(٢) إيضاح الفوائد: في الصلح ج ٢ ص ١٠٥.
(٣) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٣٤.
(٤) لم نعثر عليه في حواشي الشهيد الموجودة لدينا.
(٥ و٦) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٢.
(٧ و٨) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٣٤.

وليس طلب الصلح إقراراً، بخلاف: بعني أو ملّكني.

تأجيل الحالّ. قال: والفاضل حكم بسقوط الأجل في الأُولى وثبوته في الثانية عملاً بالصلح اللازم.

قلت: لا ريب أنّه لا يجوز بيع درهم حالاً بدرهم مؤجّلاً ولو يوماً أو أقلّ حيث يقدر، فيلزم القائلين بجريان الربا في الصلح منع المثالين، وما باله في «جامع المقاصد» لم يستغرب من المصنّف قوله «إنّه إبراء على إشكال» مع أنّه سلف له أنّه أصل برأسه، كما استغرب نحو ذلك من ولده آنفاً.

[هل طلب الصلح إقرار بعدم البيع أم لا؟]

قوله: ﴿وليس طلب الصلح إقراراً، بخلاف: بعني أو ملّكني﴾ كما صرّح بذلك في «التحرير[١] والدروس[٢] وجامع المقاصد[٣] واللمعة[٤] والروضة[٥]». وفي «التذكرة[٦]» أنّ طلب الصلح ليس بإقرار وأنّه ظاهر عندنا، لأنّ الصلح يصحّ مع الإنكار والإقرار، فقد يراد به قطع الخصومة، وقد يراد به المعاوضة، وإذا احتملهما لا يحمل على الإقرار، ويتمّ ذلك في العارف بالحكم. ونسب الخلاف إلى الشافعي حيث ذهب إلى عدم صحّته مع الإنكار، ففرّع عليه أنّ طلبه إقرار، لأنّ إطلاقه ينصرف إلى الصحيح، وإنّما يصحّ مع الإقرار فيكون مستلزماً له، ويتمّ

(١) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ س ٩.
(٢) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٢٩.
(٣) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٣.
(٤) اللمعة الدمشقية: في الصلح ص ١٤٨.
(٥) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٧٦.
(٦) تذكرة الفقهاء: في ماهية الصلح ج ٢ ص ١٧٩ س ٣٢.

ولو اصطلح الشريكان على أنّ لأحدهما رأس ماله وللآخر الربح والخسران صحّ.

هذا في العارف أيضاً. وظاهرها ـ أي «التذكرة» ـ الإجماع على أنّ «بعني» إقرار، وأنّ المخالف بعض الشافعية، وأنّه لا خلاف بين العلماء في أنّ «ملّكني» إقرار. وقال في موضع[1] آخر: لو قال بعنيها أو هبنيها فالمشهور أنّه إقرار. وفي معناه: أجرني وأعرني وزوّجني الجارية لو كان التنازع فيها.

ومعنى كونه إقراراً أنّه إقرار لخصمه بأنّه ملكه لمكان نزاعه معه وكونه تحت يده مثلاً من غير معارض غير المقرّ، والأصل عدم مالك آخر. ولو خلي عن هذه القرائن لم يفد إلّا كونه ملكاً لغير المقرّ في الجملة. وأمّا كونه ملكاً لمن طلب منه البيع ونحوه ففيه نظر، لكونه أعمّ من كونه ملكه، إذ قد يكون وكيلاً فيرجع إلى كونه مالكاً للبيع لا للمبيع.

[في صلح الشريكين بين رأس المال وبين الربح والخسران]

قوله: ﴿ولو اصطلح الشريكان على أنّ لأحدهما رأس ماله وللآخر الربح والخسران صحّ﴾ كما عبّر بذلك ومثله من دون تفاوت أصلاً في «الشرائع[2] والنافع[3] والإرشاد[4] والتبصرة[5] والكفاية[6]» وقد يُفهم من هذه الكتب

---

(١) تذكرة الفقهاء: في ماهية الصلح ج ٢ ص ١٧٩ س ٣٧.
(٢) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢١.
(٣) المختصر النافع: في الصلح ص ١٤٤.
(٤) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٤.
(٥) تبصرة المتعلّمين: في الصلح ص ١١٧.
(٦) كفاية الأحكام: في الصلح ج ١ ص ٦١٠.

عموم الحكم بالصحّة لما إذا اشترط ذلك في عقد الشركة أو بعد العقد في أثناء الشركة وإن لم يريدا القسمة، وليس كذلك كما ستعرف.

وقال الشيخ في «النهاية»: والشريكان إذا تقاسما واصطلحا على أن يكون الربح والخسران على واحدٍ منهما ويرد على الآخر رأس ماله على الكمال كان ذلك جائزاً[١]. وهذا يقضي أنّ ذلك إنّما هو عند انقضاء الشركة وإرادة فسخها كما صرّح بذلك في «السرائر[٢] والتحرير[٣] والدروس[٤] واللمعة[٥] وحواشي الكتاب[٦] وإيضاح النافع وجامع المقاصد[٧] وتعليقي الإرشاد[٨] والنافع[٩] والمسالك[١٠] والروضة[١١] والمفاتيح[١٢]» وكذا «التذكرة[١٣]» بل في الأوّلين زيادة التصريح بأنّ صاحب رأس

(١) النهاية: في الصلح ص ٣١٣. (٢) السرائر: في الصلح ج ٢ ص ٦٨.

(٣) عبارة التحرير حسب ما في النسخة المطبوعة الجديدة والقديمة الموجودة لدينا غير صريحة في أنّ اصطلاح الشريكين إنّما يفرض بعد انقضاء الشركة أو حين فسخها، فإنّه قال: إذا اصطلح الشريكان على أن يكون لأحدهما رأس ماله نقداً والربح والخسران والنقد والنسيئة والعروض للآخر ويسلّم إليه صحّ، وهي رواية الحلبي والكناني الصحيحة عن الصادق عليه السلام، انتهى. (التحرير: ج ٣ ص ١٦ الرقم ٤٠٣٩). فإنّه كما ترى ليس في عبارته صراحة أو ظهور في ذلك. نعم يمكن أن يستظهر من عبارته ذلك بأن نقول إنّه فرض الاصطلاح المذكور في الشريكين وهو بمعنى أنّ العمل المذكور في المسألة لابدّ من أن يقع بعد وقوع الشركة ومجيء حالة الانقضاء وزمان المفاصلة، إلّا أن هذا الاستظهار ليس بحيث كان معتمداً في نسبة الحكم إلى صاحب الكلام وتطمئنّ النفس بهذه النسبة، فتأمّل.

(٤) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٣٣.

(٥) اللمعة الدمشقية: في الصلح ص ١٤٨.

(٦ و ٩) لم نعثر فيها عليه.

(٧) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٣.

(٨) شرح الإرشاد للنيلي: في الصلح ص ٥٦ س ٢٦.

(١٠) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٦٥.

(١١) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٧٦.

(١٢) مفاتيح الشرائع: في ما يصحّ المصالحة عليه ج ٣ ص ١٢٢ ـ ١٢٣.

(١٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام الصلح ج ٢ ص ١٨١ س ٢٢.

المال صالح الآخر على الربح والخسران والنقد والنسيئة والعروض وسلّم إليه.

وعليه تنزّل العبارات المتقدّمة، لأنّا لو لم ننزّلها على ذلك وقلنا بأنّ الشرط المذكور كان في عقد الشركة أو بعده لما صحّ تسميته صلحاً، لأنّه يكون شرطاً في عقد الشركة لا صلحاً على الأوّل، لأنّه إن أتى بلفظ الشرط فظاهر، كأن يقول: شاركتك بشرط أن يكون الربح لك، فيقول: قبلت، وإن أتى بلفظ الصلح كأن يقول: شاركتك لتعمل في هذا المال وصالحتك على أن يكون الربح لك، فيقول: قبلت، فلا صلح أيضاً، لأنّ الصلح من أركانه العوضان، ولا عوض هنا، وعلى الثاني وهو ما إذا كان بعد العقد، فإن أتى بلفظ الشرط فلغو، وإن أتى بلفظ الصلح قبل المزج أو بعده لم يظهر ربح كما هو المفروض فلا صلح، إذ لا عوض خصوصاً إذا كانت العين قائمة لم تمزج.

وإذا كان شرطاً في عقدها كان مخالفاً لمقتضى عقدها، لأنّ مقتضاه أنّ الربح والخسارة تابعان لرأس المال، فيكون مخالفاً للكتاب والسنّة، فيكون فاسداً. وليس هذا كاشتراط الخيار في عقد البيع ونحوه في المنافاة لمقتضى العقد، لأنّه للّزوم، واشتراطه يوجب التزلزل المنافي له، كما تحذلق به صاحب «الحدائق[1]» وذلك لأنّ مقتضى عقد البيع إنّما هو الانتقال خاصّة واللزوم من صفاته وكيفيّاته الخارجة، فاشتراط الخيار ليس منافياً لمقتضاه بخلاف الشركة، إذ ليس مقتضاها سوى ما عرفت، فلو شرط فيها خلافه عاد عليها بالنقض كاشتراط عدم الانتقال في البيع، لكنّا قد حقّقنا في باب الشركة أنّ هذا الشرط غير منافٍ لها، وإلّا لما ساغ اشتراطه حيث يكون العمل من أحدهما مع أنّه يجوز إجماعاً.

وقد يقال[2]: إنّ اشتراطه في عقدها يقضي ببطلانه وصرفه إلى عقدٍ آخر وهو

---

(١) الحدائق الناضرة: في الصلح ج ٢١ ص ٩٩.

(٢) كما في رياض المسائل: في الصلح ج ٩ ص ٤٤.

القرض، وهو بعيد جدّاً كما يأتي.

وإن قلت: إنّه بعد العقد، فقد عرفت أنّه لغو غير لازم، إذ ليس بصلح، فاشتراطه في أثناء الشركة بعد العقد والاستمرار به على الشركة لا وجه له في الأخبار وكلام الأصحاب، لأنّه غير لازم. نعم يلزم بالصلح بعد تقلّبه أو ظهور الربح أو اشتراطه في عقدٍ آخر لازم. ولعلّه حينئذٍ يلزم منه إرادة الفسخ والقسمة كما قالوا[1] أو العدول عن عقد الشركة إلى عقد القرض.

فقد اتّفقت الكلمة وظهر المراد من العبارات المتقدّمة، مضافاً إلى ما سيأتي في باب الشركة[2] لمن أطلق كالمحقّق في «الشرائع[3] والنافع[4]» ممّا يوافق مَن قيّد هنا، لأنّه يذهب في باب الشركة إلى عدم صحّة اشتراط الزيادة لأحدهما. وهو أيضاً من الشواهد على تنزيل عبارتي الكتابين على ما ذكرناه. ولا كذلك عبارة «الإرشاد[5] والتبصرة[6] والكفاية[7]» فإنّه قد اختير فيها جواز اشتراط كون الربح لأحدهما في باب الشركة وفاقاً للمرتضى وغيره.

وقد نسب ذلك في «الروضة[8]» إلى الشيخ وجماعة، ولا ريب أنّ النسبة لم تصادف محلّها، لأنّا لم نجده في كتب الشيخ في البابين ولا غيره، ولا حكاه حاكٍ غيره سوى شيخنا صاحب «الرياض[9]» فإنّه حكى نقله معوّلاً على الروضة كما هو

(١) الرياض: الصلح ج ٩ ص ٤٣ ـ ٤٤، شرح الإرشاد للنيلي: ص ٥٧ س ٢٢.
(٢) يأتي في المجلد السابع في الشركة ص ٤٠٢ من الطبعة الرحلية.
(٣) شرائع الإسلام: في الشركة ج ٢ ص ١٣٠.
(٤) المختصر النافع: في الشركة ص ١٤٦.
(٥) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٤.
(٦) تبصرة المتعلّمين: في الصلح ص ١١٧.
(٧) كفاية الأحكام: في الشركة ج ١ ص ٦١٩ ـ ٦٢٠.
(٨) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٧٧.
(٩) رياض المسائل: في الصلح ج ٩ ص ٤٣.

عادته. نعم قال في «اللمعة[1]»: ولو شرطا بقاءهما على ذلك ففيه نظر. ولفخر الإسلام في «شرح الإرشاد[2]» والمقدّس الأردبيلي[3] كلامٌ يعطي ذلك ستسمعه إن شاء الله تعالى.

والأصل في الباب صحيحة الحلبي أو حسنته بإبراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام في رجلين اشتركا في مال، فربحا فيه ربحاً وكان من المال دَين وعليهما دَين، فقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال ولك الربح وعليك التوى. فقال: لا بأس إذا اشترطا، فإذا كان شرطاً يخالف كتاب الله فهو ردّ إلى كتاب الله[4]. ورواه في «التهذيب[5]» عن الكناني. وفي «الفقيه[6]» عن حمّاد عن الحلبي إلّا أنّه قال: «وكان من المال دَين وعين» ولم يقل «وعليهما دَين». ورواه في «التهذيب[7]» أيضاً عن الحلبي إلّا أنّه قال: «وكان المال دَيناً» ولم يذكر العين ولا عليهما دَين. ورواه أيضاً عن داود الأبزاري[8] إلّا أنّه قال: «وكان المال دَيناً وعيناً» وليس في الأخبار عموم الحكم بصورة اشتراط ذلك في عقد الشركة أو بعده، وإن لم يريدا القسمة بل الأخبار لمكان ذكر الشركة أوّلاً وتعقّبها بالقول بأنّ الربح والخسران لأحدهما، وبقوله: «فربحا ربحاً» وقوله: «وكان من المال دَين» ظاهرة في القيد الّذي قلنا: إنّ الكلمة متّفقة عليه.

ولعلّ السرّ في قوله عليه السلام «إذا اشترطا» خلوّ السؤال عن بيان رضا الآخر، وإنّما اشتمل على صدور القول من أحدهما، أو يكون المراد إذا تراضيا رضاً يحصل به اللزوم كوقوعه في عقد صلح ونحوه. وهذا هو الّذي فهمه الأصحاب فذكروا ذلك في الباب. وليس المراد أنّه إذا اشترطا في عقد الشركة لما عرفته عند بيان كلام

---

(١) اللمعة الدمشقية: في الصلح ص ١٤٨.
(٢ و ٣) سيأتي في الصفحة الآتية.
(٤) وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب الصلح ح ١ ج ١٣ ص ١٦٥.
(٥) تهذيب الأحكام: في الصلح ج ٦ ص ٢٠٧ ح ٧.
(٦) من لايحضره الفقيه: في المضاربة ج ٣ ص ٢٢٩ ح ٣٨٤٨.
(٧) تهذيب الأحكام: في عقود البيع ج ٧ ص ٢٥ ح ٢٤.
(٨) تهذيب الأحكام: في المضاربة ج ٧ ص ١٨٦ ح ٨٢٣.

الأصحاب، ولأنّه على هذا يكون دالاً بمفهوم الشرط على ثبوت البأس إذا وقع في غير عقد الشركة. ومنه ما إذا وقع بعقد الصلح عند إرادة القسمة، وهو خلاف كلام الأصحاب. وفيه ما لا يخفى، لأنّه يدّعي أنّه ليس النظر بالمفهوم إلى ذلك، وتحرير المقام في باب الشركة.

هذا وقال فخرالإسلام[1]: الرواية على خلاف الأصل، لأنّ الأصل أن يكون الربح تابعاً لأصل المال. ويمكن تأويلها بحمل الصلح على تمليك أحد الشريكين نصيبه للآخر قرضاً. قال: لكن يلزم من هذا التأويل انتفاء الشركة وأن يكون نصيب مَن له رأس ماله ثابتاً في الذمّة لا في نفس عين المال. ثمّ قال: والأولى أن يقال: إنّه يعمل بها في مورد النصّ ولا يتعدّى إلى غيرها، وإنّما يكون ذلك إذا كان المال قرضاً، لأنّ الإنسان لا يملك ربح مال غيره كلّه، فلابدّ أن يكون على جهة القرض، لأنّ الأصحاب ذكروا ذلك اعتماداً على رواية، وتقريره ما ذكرناه، انتهى، وهو يعطي أنّ الشرط كان في نفس عقد الشركة.

ونحوه ما في «مجمع البرهان[2]» من أنّ غاية منافاة هذا الشرط لمقتضى العقد بطلان الشركة، وهو غير لازم لبطلان الشرط، فقد يكون ذكره في عقدها كناية عن إرادة الإقراض دون الشركة. وهو مقتضى عموم أدلّة الصلح، وكونه بعد المعاملة وبعد ظهور الربح وكون بعض المال دَيناً وبعضه عيناً ليس بشرط اتّفاقاً على الظاهر، انتهى حاصله.

وأنت خبير بأنّه يرد عليهما بأنّ ذلك بعيد عن الأخبار وعن كلام الأصحاب الّذين يجعلون من أركانه العوضين وعن قصد المتعاقدَين المفروضين فيها، إذ لاباعث لهما على لفظ «صالحتك» وهلّا قال له: أقرضك، إنّ هذا لتجشّم شديد،

(١) شرح الإرشاد للنيلي: في الصلح ص ٥٧ س ٢٢.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في الصلح ج ٩ ص ٣٤٢.

مضافاً إلى القرض لا يجوز فيه الرجوع بالعين وإن كانت قائمة باقية لم تمزج، ومقتضى الشركة لأن كانت غير لازمة جواز الرجوع. فالقائلون بهذا الشرط قائلون بجواز الرجوع فكيف يصرف إلى غيره؟ ولا يصحّ الاستناد في ذلك إلى قوله في «الدروس»: ولو جعلا ذلك في ابتداء الشركة فالأقرب المنع لمنافاته موضوعها والرواية تدلّ عليه[1]. إذ الظاهر أنّ مراده أنّ الرواية تدلّ على المنع لا على الجعل، وفيه تأمّل، ولابدّ من مراجعة باب الشركة فإنّا قد استوفينا فيه الكلام محرّراً.

وينبغي تقييد الحكم بما إذا علما بالربح أو جهلا به بعد تقلّبه في الأعراض، ولو جهل أحدهما به وعلم به الآخر وأخفاه عنه فلا يصحّ كما تقدّم. وقال في «المسالك[2] والروضة[3]» في توجيه كلام الأصحاب: إنّ ذلك عند انقضاء الشركة وإرادة فسخها لتكون الزيادة مع مَن هي معه بمنزلة الهبة والخسران على مَن هو عليه بمنزلة الإبراء. قلت: هذا يعطي أنّ الصلح قبل العلم بظهور الربح أو الخسران، أمّا إذا ظهر أحدهما فالصلح بمنزلة الهبة مطلقاً، لأنّ المصالح الّذي أخذ رأس المال بمنزلة الواهب عند ظهور الربح. وأمّا عند ظهور الخسران فالآخر أيضاً بمنزلة الواهب. وأمّا في صورة الجهل فمن المعلوم أنّهما لا يجتمعان ولا يعرف الواهب منهما ظاهراً للجهل بالربح والخسران، فيكون مورد الهبة والإبراء ما كان مقدّراً محتملاً ويزيد الثاني بوروده على العين. ولعلّه أراد أنّ المصالح ـ يعني صاحب رأس المال ـ على تقدير الزيادة يكون بمنزلة الواهب للمصالح له، لكنّ المصالح له لمّا قبل الصلح ـ سواء ربح المال أو خسر ـ سقطت مطالبته بما نقص من حصّته عمّا في يد المصالح على تقدير الخسران، فكان بمنزلة الإبراء لأنّه لا يمكن أن يكون

(١) الدروس الشرعية: في الصلح ج ٣ ص ٣٣٣.
(٢) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٦٥.
(٣) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٧٦.

ولو صالح عن الدنانير بدراهم أو بالعكس صحّ ولم يكن صرفاً، ولو ظهر استحقاق أحد العوضين بطل الصلح.

هبة، لأنّه لم يصدر من الموجب المصالح قبول كما هو المفروض.

فإن قلت: ولا يمكن أن يكون إبراء لأنّ متعلّقه الذمّة والمفروض بقاء العين في يد المصالح.

قلت: قد قال الشهيد في «قواعده[1]»: إنّ الذمّة معنى مقدّر في المكلّف قابل للالتزام والإلزام ـ إلى أن قال: ـ إنّما هي نسبة مخصوصة يقدّرها صاحب الشرع عند وجود سببها، انتهى. وحاصله: أنّ الإبراء محلّه الدَين وغيره المالي وغيره، ولهذا صحّ إبراء الكفيل من إحضار المكفول، فسبب تقدير الذمّة هنا الشركة وهي تقتضي المطالبة بكمال الحصّة، واحتمال الإبراء إنّما هو من حقّ المطالبة بكمال الحصّة، والصلح من شأنه أن يقع على المعلوم وعلى المقدّر المجهول، ولمّا احتمل تقدير الزيادة هنا ورد مورد الهبة، ولمّا احتمل تقدير الخسران ورد مورد الإبراء، فكان المراد بالذمّة هنا إمكان الاستحقاق في الواقع، وبالإبراء إسقاط حقّ المطالبة الّذي هو له في الظاهر كإسقاط الدعاوى والأيمان وإن كان المدّعى به عيناً، لعدم ظهور كونها للمدّعي. فليلحظ هذا كلّه وليتأمّل فيه جيّداً، وقد عرفت أنّ الصلح أصلٌ برأسه، فلا حاجة إلى هذه التنزيلات والتكلّفات الساقطة، وتحرير كلام الأصحاب في المسألة من متفرّدات هذا الكتاب.

[في ما لو صالح عن الدنانير بدراهم]

قوله: ﴿ولو صالح عن الدنانير بدراهم أو بالعكس صحّ ولم يكن

---

(١) القواعد والفوائد: ج ٢ ص ١٣٥ ـ ١٣٦ قاعدة ١٩٨.

ويصحّ الصلح على كلٍّ من العين والمنفعة بجنسه أو مخالفه.

صرفاً﴾ كما في «الشرائع[١] والتذكرة[٢] والتحرير[٣] والإرشاد[٤] والمختلف[٥] والدروس[٦] واللمعة[٧] وجامع المقاصد[٨] والمسالك[٩] والروضة[١٠] ومجمع البرهان[١١]» وظاهر «التذكرة» الإجماع عليه. وفي موضع آخر[١٢] منها: لا يشترط في الصلح عن الأثمان ما يشترط في بيع الأثمان عندنا. والمخالف الشيخ في «المبسوط[١٣]»: وأبو علي فيما حكي عنه[١٤]. قال في «المبسوط»: إذا صالحه من دراهم على دنانير ومن دنانير على دراهم صحّ الصلح، وهو فرع الصّرف، فما صحّ فيه صحّ في الصلح وما بطل فيه بطل فيه ـ إلى أن قال: ـ إن قبضها قبل أن يفارقه جاز، وإذا قبض البعض وفارقه فقد بطل الصرف فيما لم يقبض، ولم يبطل فيما قبض.

[في صلح العين أو المنفعة بجنسهما أو بمخالفهما]

قوله: ﴿ويصحّ الصلح على كلّ من العين والمنفعة بجنسه أو

---

(١) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢١.

(٢ و١٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام الصلح ج ٢ ص ١٨١ و١٨١ س ٣٢ و١٧.

(٣) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١٠. (٤) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٤.

(٥) مختلف الشيعة: في الصلح ج ٦ ص ٢١٧.

(٦) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٣٢.

(٧) اللمعة الدمشقية: في الصلح ص ١٤٨.

(٨) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٣ ـ ٤١٤.

(٩) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٦٩.

(١٠) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٨٠.

(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في الصلح ج ٩ ص ٣٤٠.

(١٣) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠٤.

(١٤) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الصلح ج ٦ ص ٢١٧.

مخالفه﴾ كما في «الشرائع[١] والتذكرة[٢] والتحرير[٣] والإرشاد[٤] والدروس[٥] واللمعة[٦] وجامع المقاصد[٧] والمسالك[٨] والروضة[٩] ومجمع البرهان[١٠]» لأنّه بإفادته فائدة البيع صحّ على العين وبإفادته فائدة الإجارة صحّ على المنفعة، والحكم في المجانس والمخالف فرع ذلك.

والأصل في ذلك الأصل وعموم أدلّة الصلح، بل يصحّ بذلك* ما هو أعمّ من ذلك كالصلح على الحقوق كحقّ الشفعة والحيازة وأولوية التحجير والسوق والمسجد كما تقدّم. وبه صرّح في أكثر ما تقدّم بعينٍ أو منفعةٍ أو حقٍّ آخر مالي. والضابط فيما يصالح به وعنه أن يكون عيناً أو منفعةً أو حقّاً ماليّاً كما تقدّم عند شرح قوله «وما يتصالحان به ... إلى آخره»[١١].

والمراد بالجنس كلّ ما يدخل تحت اللفظ الخاصّ مع الاختلاف في الوصف كأنواع الحنطة والشعير. وبه يفرّق بين الجنس والمثل الّذي زاده في «اللمعة».

ويصحّ الصلح على الثمرة والزرع قبل بدوّ الصلاح. والحاصل: أنّه يصحّ الصلح

---

* ـ أي الأصل والعموم. (منه قدّس سرّه)

---

(١) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢١.
(٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام الصلح ج ٢ ص ١٨١ س ٣٢.
(٣) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١٧.
(٤) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٤.
(٥) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٢٩.
(٦) اللمعة الدمشقية: في الصلح ص ١٤٨.
(٧) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٣ ـ ٤١٤.
(٨) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٦٩.
(٩) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٧٧ ـ ١٧٩.
(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في الصلح ج ٩ ص ٣٣٩.
(١١) تقدّم في ص ٣٢ ـ ٣٩.

ولو صالح على ثوبٍ أتلفه بدرهمٍ على درهمين لزم.

عن كلّ ما يجوز أخذ العوض عنه سواء جاز بيعه أم لا كما في «التحرير[١]» وغيره[٢].

[فيما لو صالح ثوباً بأكثر من قيمته]

قوله: ﴿ولو صالح على ثوبٍ أتلفه بدرهمٍ على درهمين لزم﴾ وصحّ الصلح بغير خلاف كما في «السرائر[٣]» وعندنا كما في «التذكرة[٤]» وهو المشهور كما في «الحواشي[٥] واللمعة[٦] والدروس[٧]». قال في الأخير: لأنّ مورد الصلح الثوب وهو الّذي قوّاه في «المبسوط[٨]» واستقرّ رأيه عليه. وهو خيرة «الشرائع[٩] والتذكرة[١٠] والإرشاد[١١] والمختلف[١٢]» وظاهر «اللمعة[١٣] والحواشي[١٤] والروضة[١٥] ومجمع البرهان[١٦] والكفاية[١٧]» التردّد كما أنّه استشكل في «الدروس[١٨]»

---

(١) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١٣.

(٢) كجامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٤، ومسالك الأفهام: ج ٤ ص ٢٦٩.

(٣) السرائر: في الصلح ج ٢ ص ٦٥.

(٤ و١٠) تذكرة الفقهاء: في أحكام الصلح ج ٢ ص ١٨١ س ١٥ و٣٥.

(٥ و١٤) لم نعثر عليه في باب الصلح.

(٦ و١٣) اللمعة الدمشقية: في الصلح ص ١٤٨.

(٧ و١٨) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٢٩.

(٨) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠٨.

(٩) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٢.

(١١) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٥.

(١٢) مختلف الشيعة: في الصلح ج ٦ ص ٢١٤.

(١٥) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٨١.

(١٦) مجمع الفائدة والبرهان: في الصلح ج ٩ ص ٣٥١.

(١٧) كفاية الأحكام: في الصلح ج ١ ص ٦١٢.

ومنع من صحّته في «الخلاف[١] وجامع المقاصد[٢] والمسالك[٣]» وهو المحكيّ[٤] عن القاضي وبه حكم في «المبسوط» في أوّل كلامه ثمّ قوّى الأوّل كما عرفت. فما حكى عنه في «الدروس[٥]» وغيره[٦] لم يصادف محلّه.

وقال في «التحرير[٧]»: إن صالحه عن الثوب بأكثر من قيمته جاز، وإن صالحه عن القيمة لا يصحّ. قلت: صريح المجوّز والمانع أنّ الصلح عن الثوب، وقد سمعت ما في «الدروس». نعم المحكيّ[٨] من عبارة القاضي صريح في أنّ الصلح عن القيمة، وعبارة «الخلاف واللمعة» يحتمل الأمرين. قال في «الخلاف[٩]»: إذا أتلف رجل على غيره ثوباً يساوي ديناراً فأقرّ له به فصالحه على دينارين ولم يقل صالحه عن الثوب ولا عن القيمة. ونحوه «اللمعة[١٠]» لكن تعليل «الخلاف» يقضي بالقيمة.

حجّة المجوّزين الأصل وعموم أدلّة الصلح وأنّ الثوب والحيوان يثبت في الذمّة مثلهما في الإتلاف، فكان الصلح على مثلهما، صرّح بذلك في «التذكرة[١١]» ولعلّه أراد ما في «المختلف» من أنّ الصلح وقع على الثوب. قال في «المختلف»: سلّمنا أنّه وقع على القيمة ولا رباً هنا، لأنّه إنّما يتحقّق في البيع خاصّة[١٢].

وحجّة «الخلاف» أنّ الواجب قيمته بدلالة أنّ له مطالبته بها ويجبر صاحب

(١ و ٩) الخلاف: في الصلح ج ٣ ص ٢٩٩ مسألة ١٠.
(٢) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٤.
(٣) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٧٠.
(٤) حكى عنه المحقّق الكركي في جامع المقاصد: ج ٥ ص ٤١٤.
(٥) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٢٩.
(٦ و ١٢) مختلف الشيعة: في الصلح ج ٦ ص ٢١٣ و ٢١٤.
(٧) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١٣.
(٨) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الصلح ج ٦ ص ٢١٤.
(١٠) اللمعة الدمشقية: في الصلح ص ١٤٨.
(١١) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨١ س ١٦.

الفصل الثاني: في تزاحم الحقوق

يجوز إخراج الروشن والجناح ووضع الساباط واستجداد الأبواب ونصب الميازيب في الطرق النافذة مع انتفاء ضرر المارّة وإن عارض مسلم.

الثوب على أخذها، والقيمة هنا دينار واحد. ولو أجزنا أن يصالحه على أكثر كان بيعاً للدرهم بأكثر، وذلك رباً لا يجوز[1]. وفي «التذكرة[2]» أنّ الكلّ ممنوع.

ولم يستبعد في «مجمع البرهان[3]» ضمان القيمي بمثله. قلت: المشهور المعروف أنّ القيمي يضمن بقيمته، وما جاء ضمانه بمثله كخبر القصعة فعاميّ كما تقدّم[4] فيما أظنّ.

ويبقى الكلام في أنّ الربا يعمّ الصلح أم لا؟ وقد تقدّم[5]. وليعلم أنّ بعض[6] المجوّزين هنا يقولون إنّ الربا يعمّ الصلح وغيره.

﴿الفصل الثاني: في تزاحم الحقوق﴾

[في أحكام النوافذ إلى الطرق]

قوله: ﴿يجوز إخراج الروشن والجناح ووضع الساباط واستجداد الأبواب ونصب الميازيب في الطرق النافذة مع انتفاء ضرر المارّة

---

(١) الخلاف: في الصلح ج ٣ ص ٣٠٠ مسألة ١٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨١ س ١٨.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٥١.

(٤) تقدّم في ج ١٥ ص ١٤٧.

(٥) تقدّم في ص ٣٩ ـ ٤٤.

(٦) كالدروس الشرعية: في الصلح ج ٣ ص ٣٢٨، والمسالك: في الربا ج ٣ ص ١٣٧.

وإن عارض مسلم» كما صرّح بذلك في «السرائر[1] والشرائع[2] والتذكرة[3] والتحرير[4] والإرشاد[5] والدروس[6] وجامع المقاصد[7] والمسالك[8] والكفاية[9]» وهذا منّا بناءً على أنّه لا فرق بين هذه الخمسة، وإلّا فليس في «السرائر» أوّلاً إلّا ذكر الرواشن، ثمّ إنّه ذكر بعد ذلك السقائف. وليس في «الشرائع» إلّا ذكر الرواشن والجناح، وأضاف إليهما في «الدروس» الساباط. وفي «السرائر[10]» أنّ المسلمين من عهد رسول الله صلى الله عليه وآله إلى يومنا هذا ـ وهو سنة سبع وثمانين وخمسمائة ـ لم يتناكروا فيما بينهم ذلك. هذا كلامهم في الصلح وإحياء الموات.

وأمّا كلامهم في الديات ففي «المبسوط[11] والنافع[12] والتنقيح[13]» الإجماع على جواز نصب الميازيب إلى الطرق المسكوكة. وفي «السرائر[14]» نفي الخلاف فيه بين المسلمين وأنّه لم ينكر ذلك أحد بحال، وعليه عمل الناس كما في «الشرائع[15]» قديماً وحديثاً من غير مخالف كما في «المسالك[16] وكشف اللثام[17]» وظاهر الأصحاب وغيرهم الاتّفاق على ذلك كما في «المسالك[18]» أيضاً.

(١ و١٠) السرائر: في الصلح ج ٢ ص ٦٦. (٢) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٣.
(٣) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨١ س ٣٧ وما بعده.
(٤) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥٠٤.
(٥) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٦.
(٦) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٣٩.
(٧) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٤.
(٨) مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في الأملاك ج ٤ ص ٢٧٥.
(٩) كفاية الأحكام: في الصلح ج ١ ص ٦١٣.
(١١) المبسوط: في الديات ج ٧ ص ١٨٨ ـ ١٨٩.
(١٢) المختصر النافع: في الديات ص٢٩٨. (١٣) التنقيح الرائع: في الديات ج ٤ ص ٤٨٥.
(١٤) السرائر: في الديات ج ٣ ص ٤٠٠. (١٥) شرائع الإسلام: في الديات ج ٤ ص ٢٥٥.
(١٦ و١٨) مسالك الأفهام: في الديات ج ١٥ ص ٣٧٠.
(١٧) كشف اللثام: في الديات ج ١١ ص ٢٦٦ ـ ٢٦٧.

قلت: ولا خلاف إلّا من ظاهر الشيخ في «النهاية[1]» وصريح ابن حمزة في «الوسيلة[2]» ويمكن حمل كلامهما على ما إذا كان مضرّاً كما بيّنّا ذلك في باب الديات[3].

وقال في ديات «الخلاف[4]»: إنّ مخرج الجناح والساباط ليس لأحد معارضته ولا منعه. واستدلّ عليه بالأصل وبالسيرة وبميزاب العبّاس وسقيفة بني ساعدة وبالإجماع. وبذلك صرّح المحقّق[5] والمصنّف[6] وغيرهما[7]، وحكي[8] عن القاضي.

والمخالف الشيخ في صلح «الخلاف[9] والمبسوط[10]» وابن زهرة في صلح «الغنية[11]» فمنعا منه وإن لم يضرّ إذا اعترضه مسلم، وقوّاه في ديات «المبسوط[12]» وحكاه في صلح «المختلف[13]» عن القاضي.

واحتجّ عليه في صلح «الخلاف[14] والغنية[15]» بأنّ الطريق حقّ لجميعهم، فإن أنكر واحدٌ منهم لم يجز أن يغصب على حقّه، وأنّه لا خلاف أنّه لا يجوز أن يملك شيئاً من القرار، والهوى تابع للقرار، وأنّه لو سقط فقتل أو أتلف لزمه الضمان بلا خلاف، ولو كان ذلك جائزاً لم يلزمه ضمان. واستدلّ عليه أبو حنيفة[16] بأنّه

(١) النهاية: في الديات ص ٧٦١.
(٢) الوسيلة: في من يفعل فعلاً يهلك بسببه إنسان ... ص ٤٢٦.
(٣) مفتاح الكرامة: كتاب الديات ج ١٠ ص ٢٩٩ من الطبعة الرحلية.
(٤) الخلاف: في الديات ج ٥ ص ٢٩٠ مسألة ١١٨.
(٥) شرائع الإسلام: في الديات ج ٤ ص ٢٥٥.
(٦) قواعد الأحكام: في موجبات الدية ج ٣ ص ٦٥٥.
(٧) كالحليّ في السرائر: في الديات ج ٣ ص ٤٠٠.
(٨) الحاكي عنه العلّامة في المختلف: في الديات ج ٩ ص ٣٩٧.
(٩ و ١٤) الخلاف: في الصلح ج ٣ ص ٢٩٤ و ٢٩٥ مسألة ٢.
(١٠) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩١.
(١١ و ١٥) غنية النزوع: في الصلح ص ٢٥٤.
(١٢) المبسوط: في الديات ج ٧ ص ١٨٨.
(١٣) مختلف الشيعة: في الصلح ج ٦ ص ٢١٩.
(١٦) لم نعثر على هذا الاستدلال لأبي حنيفة في كتب الحنفية كالمبسوط والفتاوى الهندية. نعم

كما لو بنى دكّة في المسكوك.

وكلّ ذلك ليس بشيء، أمّا أوّلاً فإنّ لنا أن نقول: ليس لأحد في هذه الطرق ملك ولا حقّ عامّ، بل الناس شرع فيها في الانتفاع بها في جميع ضروب الانتفاع ما لم يمنع من الانتفاع الموضوعة له وإن كان غير المرور أو المرور في بعض الأوقات فإنّه يمنع من مرور آخر. ولو كان ذلك كسائر الحقوق للزم عدم جواز التصرّف بغير المرور بل المرور إلّا بإذن الجميع، لأنّ المفروض أنّه حقّ لهم مشترك بينهم، وقد أكّدوا[1] وشدّدوا عدم جواز تصرّف الشريك بدون إذن شريكه حتّى بالقليل من ترابه. ثمّ إنّ للكافر أيضاً حقّ المرور، صرّح به في «التذكرة[2]» فلا وجه للقصر على المسلم، سلّمنا أنّ لهم حقّ المرور لكنّ المفروض عدم تضرّر أحد به من المارّة، فالمانع معاند.

وأمّا قوله: «لا خلاف أنّه لا يجوز أن يملك شيئاً من القرار، والهوى تابع للقرار» فإنّه بالمعنى المراد هنا ممنوع في الأصل والفرع. ودليله الإجماع واستمرار الطريقة. وقد جوّزوا ـ كما سيأتي[3] ـ عمل سرداب في الطريق إذا أحكم أزجه ولم يحفر الطريق من وجهها، فيكون المراد من معقد نفي الخلاف إن سلّمناه أنّه لا يملك القرار والهوى فلا يجوز له بيعه والصلح عليه ولا منع غيره منه إن بني

← هذا الاستدلال موجود في المغني في مسألتين: الأُولى ما إذا يشرع إلى طريق نافذ جناحاً حيث قال: لنا أنّه بناء في ملك غيره بغير إذنه فلم يجز كبناء الدكّة أو بناء ذلك في درب غير نافذ بغير إذن أهله، انتهى. الثانية في مسألة عدم جواز إخراج الميازيب إلى الطريق الأعظم حيث قال: ولنا أنّ هذا تصرّف في هواء مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه فلم يجز كما لو كان الطريق غير نافذ ولأنّه يضرّ بالطريق وأهلها فلم يجز كبناء دكّة فيها أو جناح يضرّ بأهلها، انتهى. المغني: ج ٥ ص ٣٣ و٣٥ ـ ٣٦.

(١) منهم المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في الصلح ج ٩ ص ٣٦٨، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في شروط الشركة ج ٤ ص ٣١٤، والسيّدعلي في رياض المسائل: في الشركة ج ٩ ص ٦٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٤ س ١٩.

(٣) سيأتي في ص ٩٢.

روشناً تحته أو فوقه، لأنّه إنّما ملك الروشن لاقراره وهـواه، لأنّـه مـأذون فـي الانتفاع وليس ملزوماً للملك، وإباحة السبب لا تسقط الضمان كالتأديب والطبابة والبيطرة وبلّ الطين في الطريق لحاجته وطرح القمامة والتراب فيه وقشور البطّيخ ونحوها كبول دابّته، فإنّه يباح ذلك كلّه بشرط السلامة. والمخالفون [١] في المسألة قائلون بالضمان في هذه المذكورات.

والحاصل: أنّ الأصل في الفعل السائغ الّذي يرفع الضمان ما خلي عن جميع المفاسد ووجوه القبح القريبة الحصول، فتأمّل جيّداً.

وأمّا قياس أبي حنيفة فهو مع الفارق بوجود الضرر في الدكّة للأعمى ونحوه، وعدمه فيما نحن فيه.

هذا وتقييدهم بالمارّة يقضي بأنّه لو حصل ضرر على الجار بالإشراف على عياله لا يمنع من ذلك [٢] للأصل وعموم ما يدلّ على التصرّف فيما خلقه الله تعالى خرج ما إذا أضرّ بالمارّة، ويؤيّده أنّ الممنوع منه التطلّع عـلى عـورات النـاس لا التمكّن منه، وأنّه يجوز له مثل ذلك في ملك نفسه، لكنّه قال في «التذكرة»: لو تضرّر جاره بالإشراف فالأقرب أنّ له المنع لأنّه قد حصل به الضرر، بخلاف ما لو كان الوضع في ملكه فإنّه لا يمنع وإن حصل الضرر ـ إلى أن قال: ـ ولست أعرف في هذه المسألة بخصوصها نصّاً من الخاصّة ولا من العامّة، وإنّما صرت إلى ما قلت عن اجتهاد [٣]، ولعلّ غيري يقف عـليه أو يـجتهد فـيؤدّي اجـتهاده إلى خـلاف

(١) كالشيخ في المبسوط: في الديات ج ٧ ص ١٨٨ و ١٨٩، وابن زهرة في الغنية: في الجنايات ص ٤١٠ و ٤١١، وابن البرّاج في المهذب: في الديات ج ٢ ص ٤٩٦ ـ ٤٩٧ و ٤٩٩.

(٢) هذا يبتني على ما هو المشهور في قاعدة لا ضرر من حملها على نفي الجنس وعدم تشريع الأحكام الضررية في الشريعة المقدّسة، وأما بناءً على ما هو التحقيق من حملها على المنع والنهي عن التضرّر والإضرار فمقتضاها المنع عن المرور لو حصل به الأشراف على عيال المسلم الموجب لتكدّره وسخطه أو لتطلّعه على رؤية عياله فإنّ المسلم يأبى عن ذلك كما في قضية الأنصاري وسمرة.

(٣) ولعلّ تفصيله ﷺ يبتني على أنّ المعيار في المنع عن الإضرار وعدمه هو توجّه الضرر ←

ذلك[١]. وهذا كمال إنصاف منه. وقد شنّع بذلك الأسترآبادي[٢] وغيره[٣] من متحذلقة الأخباريّين على المجتهدين.

ومراده بالاجتهاد هنا الاستنباط من الأدلّة العامّة كخبر الضرر[٤]، لأنّه إنّما نفى عثوره على الخبر الخاصّ، وقد عرفت[٥] أنّ الممنوع عدم الإضرار بأهل الطريق، لأنّه موضوع للاستطراق، أمّا اعتبار عدم الإضرار بغيرهم فلا دليل على المنع منه، بل قالوا[٦]: إنّه لا يمنع ممّا يضرّ بغير مَن يعتاد سلوكه خاصّة فضلاً عن غير المارّ، والجار خارج عن ذلك كلّه.

وحدّ عدم الإضرار أن يكون على صفةٍ لا تناله الأحمال الثقال الجافية والكنائس والعماريّات على الجمال كما في «المبسوط[٧]» حكاه عن قوم، وقال: إنّه الأصحّ. وزاد «كاشف اللثام[٨]» أن لا يظلم عليهم الطريق. وحكى في «المبسوط[٩]» عن قومٍ تحديد ذلك بأن لا يناله رمح الفارس إذا كان منصوباً.

قلت: هذا اعتبره في «التذكرة» قال: المرجع في التضرّر وعدمه العرف، ويختلف بحال الطريق، فإن كان ضيّقاً لا تمرّ فيه الفرسان والقوافل وجب رفعه بحيث يمرّ المارّ منتصباً والمحمل مع الكنيسة المنصوبة على رأسه على البعير لأنّه يتّفق ذلك وإن كان نادراً، وإن كان متّسعاً تمرّ فيه الجيوش والأجمال وجب أن لا يضرّ

← الحادث فإن توجه بالأصالة إلى صاحب البيت الجار فالأقرب جواز استفادة صاحب البيت من الروشن بالاشراف وأمّا إذا توجه إلى صاحب الروشن فالأقرب عدم جواز استفادته منه وذلك كما إذا كان بالوضع في ملك صاحب الروشن. وبالجمله: المتوجّه إليه الضرر بالطبع لايجوز أن يصرفه إلى غيره.

(١) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٢ س ١٦ ـ ١٩. (٢) لم نعثر على كتابه.

(٣) كالمحقّق البحراني في الحدائق الناضرة: في الصلح ج ٢١ ص ١١٧.

(٤) الكافي: في باب الضرار ج ٥ ص ٢٩٢ ـ ٢٩٣ ح ٢. (٥) تقدّم في ص ٤٧٢.

(٦) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في صلح الأملاك ج ٤ ص ٢٧٦.

(٧ و ٩) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩١.

(٨) كشف اللثام: في الديات ج ١١ ص ٢٦٦.

بالعماريّات والكنائس، وأن يتمكّن الفارس من الممرّ تحته ورمحه منتصب لايبلغه، لأنّه قد تزدحم الفرسان فتحتاج إلى أن تنصب الرماح. قال: وقال بعض الشافعية: لا يقدّر بذلك، لأنّه يمكنه وضع الرمح على عنقه بحيث لاينال رمحه أحداً. وليس بجيّد لأنّ في ذلك تعسّراً[١].

ونفى الشهيد في «الدروس[٢]» ما في التذكرة للندرة وسهولة الميل، وقوّاه في «المسالك[٣]» واستجوده في «الكفاية[٤]». وأنت خبير بأنّ الطريق إذا كان ممرّاً للجيوش والفرسان الكثيرة لا يبعد اعتباره ولا يندفع بالندرة ولا بإمكان إمالته على وجهٍ لا يبلغهم، إذ قد لا تمكن الإمالة لازدحام الفرسان وكثرتهم، فإن أماله حينئذٍ أضرّ بالفرس أو الفارس ولا ريب أنّه أحوط ومع الاعتياد يجب كما في «مجمع البرهان[٥]». والحاصل: أنّه فرق بين أن يكون لهم حقّ المرور وتندر الحاجة إلى نصب الرماح وبين أن لا يكون لهم حقّ ويندر المرور.

وحدّ عدم الإضرار بالميزاب أن يكون غالياً[٦] لا يضرّ بالمارّة.

والرواشن: جمع روشن، وهو الكوّة كما في «الصحاح[٧] والقاموس[٨]». والكوّة ـ بالفتح والضمّ والتشديد ـ الثقبة في الحائط غير نافذة. والروشن والجناح يشتركان في إخراج خشب من حائط المالك بحيث لا يصل إلى الجدار المقابل ويبني عليهما، ولو وصل فهو الساباط. وربّما فرّق بينهما بأنّ الجناح يضمّ فيه إلى ما ذكر

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٢ س ٢ ـ ٦.
(٢) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٣٩.
(٣) مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في الأملاك ج ٤ ص ٢٧٥.
(٤) كفاية الأحكام: في الصلح ج ١ ص ٦١٣.
(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٧٠.
(٦) لامعنى لكون الميزاب غالياً بالغين المعجمه، والصحيح أن يكون عالياً بالعين غير المعجمه، فتأمّل.
(٧) الصحاح: ج ٥ ص ٢١٢٤ مادّة «رشن».
(٨) القاموس المحيط: ج ٤ ص ٢٢٨ مادّة «الراشن».

أمّا لو كانت مضرّة، أو اظلم بها الدرب على الأقوى، أو كانت في المرفوعة فإنّه لا يجوز.

أن يوضع له أعمدة من الطريق. وفي «القاموس[1]» الساباط سقيفة بين دارين تحتها طريق، وفسّر الجناح بالروشن. وعن الأزهري[2] أنّ الروشن الرفّ. وقد بيّنّا[3] ذلك كلّه في باب الديات.

قوله: ﴿أمّا لو كانت مضرّة، أو اظلم بها الدرب على الأقوى، أو كانت في المرفوعة فإنّه لا يجوز﴾ أمّا عدم الجواز في المضرّة بالمارّة فممّا لا ريب فيه عندهم كما عرفت[4]. وفي موات «التحرير[5]» لو كانت مضرّة وجب إزالتها إجماعاً. ولعلّه يدخل فيه ما إذا ظلم بها الطريق.

وأمّا إذا ظلم بها الطريق فالأقوى عند المصنّف عدم الجواز. ولعلّ مراده الظلمة الغير المزيلة للضياء بالكلّيّة. وهو خيرة «التحرير[6] والمختلف[7] والإيضاح[8] والدروس[9] وجامع المقاصد[10] والمسالك[11]» واقتصر في «الشرائع[12]» على قوله «قيل لا تجب إزالتها».

---

(١) القاموس المحيط: ج ٢ ص ٣٦٣ مادّة «سبط».

(٢) تهذيب اللغة: ج ١١ ص ٢٤١ مادّة «رشن».

(٣) سيأتي في كتاب الديات ج ١٠ ص ٣٠٠ الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء الثامن والعشرين.

(٤) تقدّم في ص ٦٧ ـ ٦٩.

(٥ و٦) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥٠٤.

(٧) مختلف الشيعة: في الصلح ج ٦ ص ٢٢٢.

(٨) إيضاح الفوائد: في الصلح ج ٢ ص ١٠٥.

(٩) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٣٩.

(١٠) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٥.

(١١) مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في الأملاك ج ٤ ص ٢٧٧.

(١٢) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٣.

وقال في «المبسوط»: فإن أدّى إلى أن يظلم الطريق لم يكن ذلك إضراراً ولا يمنع من المشي[١]. وقد حكى ذلك عن موضع من «الخلاف[٢]» فكان مخالفاً.

ولعلّ إطلاقه منزّل على الظلمة الغير المزيلة للضياء بالكلّية، لأنّه قد حكى الإجماع في «التذكرة[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥]» وظاهر «الكفاية[٦]» على أنّه إذا ذهب الضياء بالكلّية منع. ولا تغفل عن إجماع «التحرير[٧]» وقد لا يكون الشيخ مخالفاً عند التأمّل.

ولعلّ المراد بذهاب الضياء أو بعضه ما هو أعمّ من أن يكون في بعض أوقات المرور أو كلّها ليلاً أو نهاراً لكلّ أحدٍ أو لبعض الناس كضعيف البصر، والضرر أعمّ من أن يكون لخوف المعتاد أو إتلاف شيء من المارّ. ولا يندفع بوضع السراج، إذ قد لا تذهب الظلمة به، وقد ينطفي، وقد يموت واضعه، ولا يفعله وارثه.

وتبطل العبادة فيه إن قلنا: إنّه غاصب، وإن قلنا: إنّ الأمر بالشيء يقتضي النهي عن ضدّه الخاصّ وإنّ هذا النهي مفسد للعبادة بطلت صلاة واضعه في غيره وصلاة القادر على إزالته فإنّه يجب عليه من باب الأمر بالمعروف، إلّا أن تقول: إنّما تجب إزالته على الواضع والسلطان كما تشير إليه عبارتا «التذكرة[٨] والمسالك[٩]» لمكان المشقّة والعسر. نعم يجب على غيرهما أمره وإعانته.

وأمّا عدم جوازها لو كانت في الطرق المرفوعة فواضح، لأنّها مملوكة لأرباب

(١) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩١.
(٢) لم نعثر عليه في الخلاف.
(٣ و٨) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٢ س ١٠ و٧.
(٤) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٥.
(٥ و٩) مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في الأملاك ج ٤ ص ٢٧٧.
(٦) كفاية الأحكام: في الصلح ج ١ ص ٦١٤.
(٧) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥٠٤.

ولو أذن أرباب الدرب المرفوع أو فتح روزنةً أو شبّاكاً جاز، وإذنهم إعارة يجوز الرجوع فيها.

الأبواب فيها، فهم محصورون فلا يجوز لأحدهم التصرّف فيها بدون إذن الباقين.

قوله: ﴿ولو أذن أرباب الدرب المرفوع أو فتح روزنةً أو شبّاكاً جاز﴾ لا بحث في الجواز مع الإذن كما هو واضح، وأمّا الجواز لو أراد فتح روزنة أو شباك فكذلك، وقد نصّ عليه في «الشرائع[1] والتحرير[2] والتذكرة[3] والدروس[4] وجامع المقاصد[5]» مع التصريح في الآخرين بالجواز وإن لم يأذنوا أو نهوا، لأنّه إنّما يتصرّف في جداره ولا ضرر عليهم.

قوله: ﴿وإذنهم إعارة[6] يجوز الرجوع فيها﴾ كما في «الغنية[7] والتذكرة[8] والدروس[9] والمسالك[10]» وفي الثاني[11] نفى العلم بالخلاف، فيجوز له الرجوع فيه لكلّ واحدٍ منهم متى شاء. وتبطل بموته وخروجه عن التكليف بإغماء أو جنون. وهل يجب عليه الأرش لأنّه سبب في إتلاف مال الغير أم لا؟ وجهان.

وهل يجوز إجراء الماء عن سطحه إلى الدرب المرفوع إذا لم يكن من أربابه؟

---

(١) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٣.

(٢) تحريرالأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥٠٥.

(٣ و ٧) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٤ س ١٥ و ١٤.

(٤) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤١.

(٥) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٦.

(٦) الأوفق والأحسن أن يقال: إجازة، لا إعارة فإنّ العارية لو كان لها وقت يمكن القول بعدم استردادها قبل المدّة بخلاف الإجازة فإنّه يمكن الرجوع عنها متى شاء المجيز، فتأمّل.

(٧) غنية النزوع: في الصلح ص ٢٥٤.

(٩) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤١.

(١٠) مسالك الأفهام: في الصلح في أحكام النزاع في الأملاك ج ٤ ص ٢٧٩.

(١١) لم نعثر في التذكرة على نفي العلم بالخلاف، نعم هو موجود في الغنية: في الصلح ص ٢٥٥.

لعلّ الظاهر الجواز، لأنّ لكلّ أحدٍ التصرّف في ماله بما شاء، وإن كان سبباً لضرر غيره، فله جعل سطحه بحيث لا يبقى فيه الماء وله أن يحدره حيث أمكن، ولكن لهم أيضاً منعه، فلهم ذلك بكلّ ما يمكنهم[١].

ويبقى الكلام في بيان الدرب المرفوع، والظاهر أنّه الّذي لا ينتهي إلى طريق آخر أو موضع مباح يجوز استطراقه كأن يكون منتهياً إلى ملك الغير أو المباح لغير الاستطراق، سواء كان مسدوداً بحائط ونحوه أو لا بل منتهياً إلى ما لا يجوز المشي فيه. ولعلّ المراد من أربابه مَن له إليه باب نافذ على وجهٍ شرعي لا مَن كان حائطه فيه.

وقد يقال[٢]: إنّا نمنع أنّ الطريق المرفوع ملك لأربابه إذا كان مستند الملك مجرّد كونه مسدوداً وأنّ أبوابهم شارعة إليه وأنّه محلّ تردّدهم. قال في «التذكرة»: يجوز لكلّ أحدٍ الاستطراق في الطرق النافذة على أيّ حال شاء من سرعة وبطء وركوب وترجّل، ولا فرق بين المسلم والكافر. وأمّا الطرق المقطوعة فكذلك مع إذن أربابها. ولو منع واحدٌ منهم أو منعوا بأسرهم فالأقرب عدم المنع، لأنّ لكلّ أحد دخول هذه الزقاق كدخول الدرب النافذ[٣]. وهذا صريح في أنّها ليست ملكاً، لكنّه قال: وفيه إشكال الأقرب أنّ جواز دخولها من قبيل الإباحات المستندة إلى قرائن الأحوال، فإذا عارضه نصّ المنع عمل به. أمّا الجلوس وإدخال الدوابّ إليها

---

(١) ما ذكره الشارح ﷺ وهو ما يقتضيه دليل التصرّف لكلّ أحد في ماله ليس طريقاً إلى الحلّ ولا حكماً شرعيّاً يحكم به في مرحلة العمل بل هو يوجب شدة التنازع أو التضارب بل ربما ينتهي إلى القتال بين الجارين وغيرهما، وما ذكره إغراء للطرفين إلى التهالك فيقال لأحدهما اضرب وللآخر أيضاً اضرب وهو أشبه شيء بالاستهزاء. والحكم الفصل في مثل المقام أن يقال: إنما لصاحب السطح أن يصرف الضرر المتوجّه إليه عن نفسه لكن لا إلى مَن يمرّ بل إلى جهة من البيت إمّا بنقب أو بحفر بئر، ولو لم يمكن إلّا بوقوع ضرر على صاحب السطح فليتحمّله ولا يصرفه إلى غيره، وهذا هو القاعدة في كلّ ضرر يتوجّه إلى أحد، فتأمّل جداً.

(٢) القائل المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٧٥.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٤ س ١٨ ـ ٢١.

فالأقوى المنع إلّا مع إذن الجميع[١].

وأنت خبير بأنّ اعتماد جميع الناس على هذه الآيات مشكل، لأنّ كلّ أحدٍ يدخل هذا المرفوع من غير إذن أهله ويقف فيه ويدخل إليه أحماله ودوابّه ويبيع فيه التبن والحشيش. ولو لم يكن سايغاً لورد المنع منه ولو عن بعض العلماء، ولو كان ذلك لنقل إلينا بالعادة، بل لو كان ملكاً لما جاز لبعض أهلها ذلك إلّا برضا الجميع لما شدّدوه في التصرّف في المال المشترك من دون إذن الشريك. ولو توقّف على إذنهم للزم الحرج العظيم، بل لو كان موقوفاً على إذنه والذهاب إليه فيه لدار، بل قد يصرّح بعضهم بالمنع، ولا يرد ذلك لو كان مملوكاً لهم بوجهٍ شرعي.

وقد قال في «التذكرة» أيضاً: وهل يشترك جميعهم في جميع السكّة فيكون الاستحقاق في جميعها لجميعهم أم شركة كلّ واحدٍ تختصّ بما بين رأس السكّة وباب داره لأنّ محلّ تردّده هو ذلك المكان ومروره فيه دون باقي السكّة؟ فحكم ما عدا ذلك حكم غير أهل السكّة. وهو أظهر وجهي الشافعية. والوجه الثاني لهم أنّ الاستحقاق في جميعها لجميعهم، لأنّهم ربّما احتاجوا إلى التردّد والارتفاق بجميع الصحن لطرح الأثقال ووضع الأحمال عند الإخراج والإدخال[٢].

ولعلّ الأظهر عندهم هو الأظهر، لأنّه ـ أي الدرب ـ مأخوذ من التصرّف والتردّد وليس إلّا إلى بابه، والأصل عدم شركته في الباقي. وهذا صريح أو كالصريح في أن ليس هناك ملكٌ وإنّما استحقاق تردّد وتصرّف، ولكن سيأتي[٣] فيما إذا صالح واضع الروشن أرباب الدور على وضعه أنّهم جميعاً مالكون جميع ذلك الدرب المرفوع.

وقال: إنّ قسمة الصحن وسدّ الباب إنّما هو إذا لم يكن في السكّة مسجد، فإن كان هناك مسجد قديم أو حديث فالمسلمون كلّهم يستحقّون الطروق إليه. وكذا لو جعل بعضهم داره رباطاً ومدرسةً أو مستراحاً لم يكن لأحد منعه، ولا منع

(١ و ٢) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٤ س ١٨ ـ ٢١.
(٣) سيأتي في ص ٧٧ ـ ٧٩.

مَن له الممرّ فيه[١]. وهذا أصرح.

وقال في «التذكرة[٢]»: إنّ سبب الشارع أُمور ثلاثة: مثل أن يسبّل أحد ملكه لذلك أو تبنى قرية أو بلدة في مباح فخلّوا بينهم شارعاً أو بنى واحد حائطاً وآخر في محاذاته وخلّيا بينهما درباً، وشيء منها ليس بمملّك لصاحب الحائط وإن سدّ آخره، ومجرّد السدّ معلوم أنّه ليس بمملّك.

وقال في «التذكرة»: الطريق محدود بسبع أو خمس، هذا لمن تشاحّ عليه أهل الدور المتقابلة ولا عبرة بغيرهم. ولو اتّفقوا على الوضع أضيق في الابتداء جاز، وليس لأحد الاعتراض عليهم وطلب التوسعة فيه، وأنّهم إذا وضعوه على حدّ السبع لم يكن لهم بعد ذلك تضييقه[٣]. وكلامه هذا يشمل ما إذا كان مرفوعاً. ولو كان ملكاً لجاز لهم كلّ ما يتّفقون عليه بعد البناء.

وقال المقدّس الأردبيلي: كلّ ما ثبت بالإجماع أو النصّ من عدم التصرّف في هذه الزقاقات مثل ما إذا كان مضرّاً فهو ممنوع، وأمّا غيره فلا حتّى يثبت من غير فرقٍ بين المرفوعة والمسكوكة[٤].

قلت: لكنّ المعروف من مذهب الأصحاب من دون خلاف كما يفصح عنه كلامهم في الشفعة وغيرها أنّ الطرق المرفوعة ملكٌ لأربابها، وهو الّذي نصّ عليه الأكثر[٥] في باب إحياء الموات. ويظهر من جماعة[٦] هناك أنّه غير مملوك. وعلى

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الصلح في تزاحم الحقوق ج ٢ ص ١٨٣ س ١٤ ـ ١٦.

(٢) المصدر السابق: ص ١٨٢ س ٣٤ وما بعده.

(٣) المصدر السابق: ص ١٨٢ س ٢٩ ـ ٣٢ «وليس فيه خمس».

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٧٨.

(٥) كالشهيدالثاني في المسالك: في أحكام النزاع في الأملاك ج ٤ ص ٢٧٨، والكركيّ في جامع المقاصد: في تزاحم الحقوق ج ١٥ ص ٤١٥، والسيّد في مدارك الأحكام: في مكروهات الخلوة ج ١ ص ١٧٦.

(٦) كالسبزواري في الكفاية: في الصلح ج ١ ص ٦١٤، والشهيد الأوّل في الدروس: في ←

ويمنع من استجداد بابٍ في المرفوعة لغير الاستطراق دفعاً للشبهة.

القول بأنّه مملوك فملكه ليس كسائر المملوكات، لأنّ أكثر لوازم الملك فيه منتفية، فملكه كملك حريم القرية ملكٌ على حِدة كما أوضحناه في بابه[1].

قوله: ﴿ويمنع من استجداد باب في المرفوعة لغير الاستطراق دفعاً للشبهة﴾ كما في «المبسوط[2] والشرائع[3] والتذكرة[4] والتحرير[5] والإيضاح[6] والإرشاد[7] وشرحه[8]» لولده و«الدروس[9] وجامع المقاصد[10] والمسالك[11]» وهو الّذي يقتضيه إطلاق «الغنية[12]» وقد نفى عنه الخلاف وقال في «الكفاية[13]»: قالوا.

ومرادهم بالشبهة ما قاله في «المبسوط[14]» من أنّ فتحه في الجملة دلالة على الاستطراق وثبوت الحقّ في ذلك الزقاق ـ أي وخصوصاً إذا مضى عليه مدّة وماتت الشهود ـ فكان فيه مفسدة. ولك أن تقول: إنّه استدلال بما هو محلّ النزاع. والمراد بفتحه لغير الاستطراق فتحه للاستضاءة.

← تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٠، والعلّامة في إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٦.

(١) مفتاح الكرامة: في حريم العمارة ج ٧ ص ١٥ من الطبعة الرحلية.

(٢ و١٤) المبسوط: في أحكام الصلح ج ٢ ص ٣٠٩.

(٣) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٣.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٣ س ١٧ وما بعده.

(٥) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥٠٥.

(٦) إيضاح الفوائد: في الصلح ج ٢ ص ١٠٦.

(٧) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٦.

(٨) شرح الإرشاد للنيلي: في الصلح ص ٥٧ س ١٦ وما بعده.

(٩) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٠.

(١٠) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٦.

(١١) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٧٩.

(١٢) غنية النزوع: في الصلح ص ٢٥٤ ـ ٢٥٥.

(١٣) كفاية الأحكام: في الصلح ص ١١٨ س ٦ وما بعده.

ويجوز الصلح بينه وبين أرباب المرفوع على إحداث روشن وشبهه على رأي،

قال في «التذكرة»: ويحتمل أن يمكّن من ذلك، لأنّه لو رفع جميع الجدار لم يكن لأحد منعه، فلأن يمكّن من رفع بعضه أولى[١].

قلت: فرق بين رفع الجدار وإحداث الباب لمكان الشبهة في الثاني. نعم لنا أن نقول: إنّ في منع الإنسان من تصرّفه في ملكه لشبهة لعلّها تحدث نظراً ظاهراً، لكنّ المحقّق الثاني[٢] والشهيد الثاني[٣] رمياه بالضعف، وهو عندنا قويّ خصوصاً إذا قال ـ كما في «التذكرة[٤]» ـ: أنا أسمّره بحيث لا يفتح.

ولا فرق في هذا الحكم بين الّذي لا حقّ له في الطريق المذكور ـ كالجار الملاصق له بحائطه ـ وبين مَن له باب فيها إذا أراد إحداث باب آخر أدخل من بابه، لاشتراكهما في عدم استحقاق المرور في المحلّ الّذي فتح فيه الباب.

قوله: ﴿ويجوز الصلح بينه وبين أرباب المرفوع على إحداث روشن وشبهه على رأي﴾ موافق «للسرائر» ـ فيما حكي[٥] لأنّي لم أجده ـ و«التحرير[٦] والتذكرة[٧] والإيضاح[٨] والحواشي[٩] والدروس[١٠] وجامع المقاصد[١١]

(١ و٤ و٧) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٣ و١٨٢ س ١٩ ـ ٢٠ و٤٢.

(٢ و١١) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ص٤١٦. (٣) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ص ٢٨٠.

(٥) حكاه عنه المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٦.

(٦) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥٠٥ و٥٠٦.

(٨) إيضاح الفوائد: في الصلح ج ٢ ص ١٠٦.

(٩) لم نعثر عليه في حواشي الشهيد الموجودة لدينا.

(١٠) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤١.

والمسالك[١]». وفي «التذكرة[٢]» أنّه أظهر عندنا. وشرط في «الدروس[٣]» تعيين المدّة وجعله في «التذكرة[٤]» أولى. ولا نجد له وجهاً إلّا جعله فرع الإجارة فليتأمّل فيه. وشرط في «التحرير[٥]» كونه معلوم القدر في الخروج والعلوّ.

والمخالف الشيخ في «المبسوط[٦]» والقاضي فيما حكي[٧] عنه وابن زهرة[٨] نافياً فيه العلم بالخلاف، قالوا: لا يجوز، لأنّ فيه إفراد الهوى بالبيع، وهو مبنيّ على أنّ الصلح فرع البيع، ومعناه أنّ الهوى تابع فلا يفرد بالمال صلحاً كما لا يفرد به بيعاً.

وما زاد في «الشرائع[٩]» على قوله «قيل: لا يجوز، لأنّه لا يصح إفراد الهواء بالبيع، وفيه تردّد».

قلت: وليس في محلّه، لأنّه حقّ ماليّ متعيّن المالك فجاز الصلح عليه وأخذ العوض عنه، ونمنع مانعيّة التبعية من الانفراد بالصلح بخلاف البيع، لأنّه لا يتناول إلّا الأعيان، والصلح هنا وقع عوضاً عن الوضع مدّةً أو دائماً.

وكيف كان، فقد تسالمت الخصوم على خلاف ما في «المسالك[١٠]» من جواز بيع الهواء منفرداً، لكنّ هنا إشكالاً، وهو أنّهم قالوا[١١]: إذا كان في المرفوعة بابان أحدهما أدخل بمعنى أنّه آخر بالنسبة إلى أوّل المرفوعة فصاحبه شريكٌ مع الأقدم

(١ و ١٠) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٨٠.
(٢ و ٤) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٢ س ٤٣.
(٣) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤١.
(٥) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥٠٥.
(٦) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٢.
(٧) حكاه عنه فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد: في الصلح ج ٢ ص ١٠٦.
(٨) غنية النزوع: في الصلح ص ٢٥٤ ـ ٢٥٥.
(٩) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٣ ـ ١٢٤.
(١١) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٤، والعلّامة في تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥٠٦، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٨١.

وليس لغيرهم مع رضاهم الاعتراض. ولكلّ مَن له الاستطراق فيه إزالة ما أحدثه بغير إذنٍ.

من أوّل المرفوعة إلى بابه، وأنّه شريكٌ معه في الفاضل في آخر المرفوعة إلى الموضع الّذي يكون بعد الباب الآخر الّذي هو باب الأدخل، وهو مختصّ بما بين البابين. والحاصل: أنّ الأدخل مختصّ بما بين البابين، وهما شريكان في الطرفين، وقالوا[1]: إنّه يجوز لكلّ من الأدخل والأقدم إخراج بابه مع سدّ الأوّل وعدمه، لا الإدخال، بل احتمل في «التذكرة[2] والكتاب» جواز الإدخال. وقضية كلامهم الأوّل أنّ هذا الروشن المحدث إن كان خارجاً عن جميع الأبواب فهو حقّ لهم أجمع، وإن كان داخلاً عن بعضها لم يتوقّف على إذن الخارج، لأنّ ما بين البابين مختصّ بالداخل فإنّما يتوقّف على إذنه فقط. وقضية كلامهم الثاني أنّه يجوز لأحدهم إخراج الروشن ونحوه من دون إذن. ويأتي تمام الكلام[3].

قوله: ﴿وليس لغيرهم مع رضاهم الاعتراض. ولكلّ مَن له الاستطراق فيه إزالة ما أحدثه بغير إذنٍ﴾ لأنّه تصرّف في حقّه بغير إذنه فكان له إزالته، ولا فرق بين أن يأذن الباقون أم لا.

ويبقى الكلام فيما إذا جعل بعضهم داره مسجداً أو مدرسةً أو رباطاً، فإنّ المسلمين كلّهم يستحقّون التردّد إلى هذه وهم غير أهل السكّة، فهل لهم الاعتراض مع رضا أهل السكّة؟ وهل لهم إزالة ما أُحدث بغير إذنهم إذا لم يكن مضرّاً؟ في المسألتين احتمالان.

---

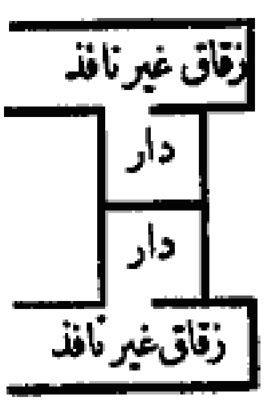
(١) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٩، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٨٢، والمحقّق في شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٤.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٣ س ٩.

(٣) سيأتي في ص ١٠٢.

ولذي الدارين المتلاصقتين في دربين مرفوعين فتح بابٍ بينهما،

قوله: ﴿ولذي الدارين المتلاصقتين في دربين مرفوعين فتح بابٍ بينهما﴾ كما في «المبسوط[١] والشرائع[٢] والتذكرة[٣] والتحرير[٤] والإرشاد[٥] والمسالك[٦] ومجمع البرهان[٧]» لأنّه يستحقّ المرور في كلّ واحدة من السكّتين، ورفع الجدار الحائل بين الدارين وجعلهما داراً واحدةً جائز بلا خلاف كما في «المبسوط[٨]» وإجماعاً كما في «التذكرة[٩] وجامع المقاصد[١٠]» فـفتح بـاب مـن إحداهما إلى الاُخرى بطريق أولى، إذ هو عبارة عن رفع بعض الجـدار، فـليس لأحدٍ من أهل واحدةٍ من السكّتين منعه. وتصويره هكذا:



ولم يعرف المنع إلّا من الشافعيّة[١١] في أحد قوليهم، لأنّ ذلك يثبت له حقّ الاستطراق من الدرب الّذي لا ينفذ إلى دار لم يكن لها طريق منه. وذلك ربّما أدّى إلى إثبات الشفعة في قول مَن أثبتها بالطريق لكلّ واحدةٍ من الدارين في زقاق الاُخرى. قلت: وينبغي أن يزيدوا (يريدوا ـ خ ل) أنّ ذلك على تقدير القـول بثبوتها مع الكثرة. قال في «التذكرة[١٢]»: وهو غلط، لأنّ له رفع الحاجز بالكلّيّة،

(١ و٨) المبسوط: في أحكام الصلح ج ٢ ص ٣١٠.
(٢) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٤.
(٣ و٩ و١٢) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٣ س ٤١ و٤٣.
(٤) تحريرالأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥٠٦.
(٥) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٦.
(٦) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٨٠.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٨٠ ـ ٣٨١.
(١٠) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٧.
(١١) فتح العزيز: ج ١٠ ص ٣١٢ ـ ٣١٣.

وفي استحقاق الشفعة حينئذٍ نظر،

فرفع بعضه أولى، والمحذور لازم فيما إذا رفع الحائط مع أنّه لا يبطل حقّ الشفعة، انتهى.

والّذي ينبغي أن يقال: إنّ كلّ دار على ما كانت عليه في استحقاق الشفعة بالشركة في الطريق ولا يتعدّى إلى الأُخرى، ومتى صار فيها استحقّ المرور في طريقها تبعاً للكون الثاني والدار الّتي هو فيها لا للأُولى.

قوله: ﴿وفي استحقاق الشفعة حينئذٍ نظر﴾ لعلّه يريد أنّه إذا باع إحدى الدارين بشرط بقاء مجازه فيها، ثمّ بيعت دار في دربها، فهل يستحقّ الشفعة فيها حينئذٍ إن أثبتناها مع الكثرة؟ نظر، أو يريد أنّه لو بيعت دار في إحدى الدربين فهل يشفع فيها بسهمين، لأنّ له دارين؟ ويكون وجه النظر في الأوّل من حيث إنّه يستحقّ المجاز منها إلى الدرب، ولا نعني بالمجاز إلّا ذلك، ومن حيث إنّه لا باب لها فيه، والاستحقاق إنّما هو للدار الأُخرى لا لها. وهذا هو الّذي صحّحه في «الإيضاح[1]» قال: ولا وجه عندي للأوّل. ومنه يعلم وجه النظر في الثاني مع زيادة التردّد في توزيعها على السهام.

واحتمل بعض الناس[2] أن يكون المراد في استحقاق الشريك الشفعة لو باع ذو الدارين أحدهما نظر، من تخيّل تكثّر الشركاء باعتبار تكثّر النصيب، ومن تخيّل عدم التكثّر بذلك.

ومنهم مَن احتمل أنّ المراد أنّ في حدوث استحقاق الشفعة لكلّ من الشريكين في الدربين المرفوعين بالنسبة إلى الدار الأُخرى إذا باعها هو ــ أي

---

(١) إيضاح الفوائد: في الصلح ج ٢ ص ١٠٦.

(٢) هو المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٧ ــ ٤١٨.

صاحب الدارين ـ نظراً ينشأ من التردّد في كون ذلك موجباً للاشتراك وعدمه[١].

قلت: لعلّه لابدّ في هذا من التقييد بعدم اشتراط سدّ الباب بينهما فإن شرطه فلعلّه لا مجال للشفعة.

وقال في «جامع المقاصد[٢]»: إنّ هذا لا يستقيم إلّا على القول بثبوت الشفعة مع الكثرة. وقال: إنّ المراد أنّ في بقاء استحقاق الشفعة بسبب الاشتراك في الطريق حينئذٍ نظراً ينشأ من التردّد في كون ذلك موجباً للاشتراك في الطريق من الجانبين الموجب للكثرة وعدمه، ولعلّ (ولعلّه ـ خ ل) أراد بالوجه الأوّل أنّ ذلك موجب للاشتراك الموجب للكثرة، فلا شفعة بناءً على المنع منها مع الكثرة، وبالثاني أنّ ذلك لا يوجب الاشتراك الموجب للكثرة، لأنّ الكثرة إنّما هي هنا باعتبار دارين، فلم تزد الشركاء باعتبار كلّ واحدة عن اثنين، والمانع إنّما هو هذا، وفيه ما لا يخفى.

واحتمل في «جامع المقاصد[٣]» أن يكون معنى العبارة: وفي بقاء استحقاق صاحب الدارين المفتوح بينهما باعتبار كلّ منهما الشفعة على شريكه في كلّ من الدربين المرفوعين لو باع داره، وقلنا باستحقاق الشفعة بمجرّد الاشتراك في الطريق أو كانت الداران مشتركتين ثمّ تميّزتا بالقسمة وبقي الطريق، نظر ينشأ من أنّ مجاز تلك الدار في درب يشاركه فيه آخر غير الشريك في هذه الدرب فتكثر الشركاء، فينتفي استحقاق الشفعة حينئذٍ بناءً على أنّ المنع منه مع الكثرة، ومن أنّ شركته مع أزيد من واحد إنّما هي باعتبار دارين، فلم يزد الشركاء باعتبار كلّ واحدة على اثنين.

قلت: قد عرفت أنّ الشفعة على ما كانت عليه قبل فتح الباب وأنّ فتحه

---

(١) هو المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٧ ـ ٤١٨.

(٢ و٣) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٨.

وينفرد الأدخل بما بين البابين، ويتشاركان في الطرفين

لا يوجب ثبوت الاستحقاق بواحدة من الدارين في طريق الأُخرى، ولابدّ فيما إذا كانت الداران مشتركتين ثمّ تميّزتا من أن يفرض الاشتراك في الطريقين لكلّ من الدارين قبل القسمة، فلمّا حصلت القسمة سدّ ما بينهما ثمّ طرأ فتح الباب، وإلّا فلو كان الاشتراك حادثاً بعد القسمة لا يعتدّ به في الشفعة، ثمّ إنّه لا يستقيم إلّا على القول بثبوتها مع الكثرة، لأنّ الشريك على هذا الفرض متكثّر، على أنّ المفروض أنّ هنا دارين لا حقّ لأحدهما في درب الأُخرى، وقد فرضت سبق اشتراك الدارين في الطريقين.

قوله: ﴿وينفرد الأدخل بما بين البابين، ويتشاركان في الطرفين﴾ يريد أنّه لو كان في زقاق بابان لرجلين أحدهما أدخل من الآخر انفرد الأدخل بما بين البابين وتشاركا في الطرفين، وهذا مثاله:



وأمّا أنّ الأوّل ينفرد بما بين البابين فهو المشهور كما في «التذكرة[1] والمسالك[2] وجامع المقاصد[3]» مع زيادة في الأخير، وهي أنّ عليه الفتوى. وفي «الدروس[4]» عليه متأخّرو الأصحاب، وهو الأشهر كما في «الكفاية[5]» لأنّ المقتضي لاستحقاق الخارج هو استطراقه ونهايته بابه، فلا يشارك الداخل في الداخل، لأنّ حكمه بالنسبة إلى هذا الزائد على بابه حكم الأجنبي.

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٣ س ٨.
(٢) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٨١.
(٣) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٩.
(٤) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤١.
(٥) كفاية الأحكام: في الصلح ج ١ ص ٦١٤.

وقد عرفت[١] حال هذا الدليل فيما سلف. وقوّى في «الدروس[٢]» مشاركته للأدخل فيما دخل عن بابه لاحتياجه إلى ذلك عند ازدحام الأحمال ووضع الأثقال وفي «مجمع البرهان[٣]» أنّه الظاهر.

ونظر فيه في «جامع المقاصد[٤]» بأنّه لا يلزم من الاحتياج الشركة وإنّما المقتضي للملك هو الإحياء، فإذا وضع الباب على وجه معيّن لم يكن لاستحقاقه فيما دخل عنه وجه انتهى فتأمّل. ثمّ إنّه قد يقال[٥]: إنّه لو كان ما استدلّوا به من الاستطراق دليل الملك لكان الفاضل في آخر المرفوعة ملكاً للآخر، فكيف يقولون بأنّه مشترك كما يأتي[٦]. ثمّ إنّ ما بين البابين قد يكون واسعاً جدّاً ولا يمرّ الأدخل إلّا ببعضه، وقد يكون في مقابلة باب فيشكل اختصاص كلّ منهما بما يحاذي بابه، لعدم الامتياز وعدم الدليل المذكور.

وأمّا أنّهما يتشاركان في الطرفين ففي «التذكرة[٧]» أنّه المشهور، وحكاها ـ أي الشهرة ـ في «المسالك[٨]» على مشاركتهما في المجاز. ولم يحكها في الصدر.

وبتشاركهما في الطرفين صرّح في «الشرائع[٩] والتحرير[١٠] والإرشاد[١١]

(١) تقدّم في ص ٧٢ وما بعدها.
(٢) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤١.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٨١.
(٤) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٩.
(٥) القائل هو المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٨٢.
(٦) سيأتي في ص ٨٨.
(٧) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٣ س ٨.
(٨) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٨١.
(٩) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٤.
(١٠) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٢ ص ٥٠٦.
(١١) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٦.

ولكلٍّ منهما الخروج ببابه

والدروس[١] وجامع المقاصد[٢] والمسالك[٣]» لاشتراكهما في الارتفاق، فلا أولوية لواحد على غيره بخلاف ما بين البابين، لأنّ أدخلية الباب تقتضي الاستطراق، وهو مختصّ بالمستطرق فيتحقّق الترجيح.

واستشكل فيه في «المسالك[٤]» على القول باختصاص الداخل بما بين البابين، لتوقّف الانتفاع حينئذٍ بالفضلة على استحقاق السلوك إليها، فإذا لم يكن للخارج حقّ السلوك لا يترتّب على تصرّفه الفاسد ثبوت يد على الداخل، ودفعه بأنّ ثبوت ملك شيء لا يتوقّف على مسلك له، ومع ذلك فيمكن دخول الخارج إلى الفضلة بشاهد الحال كسلوك غيره ممّن لا حقّ له في تلك الطريق به، فإذا انضمّ إلى ذلك اشتراكهم جميعاً في التصرّف وفي الفضلة حكم باشتراكها بينهما. ولا يرد مثله في المسلك بين البابين حيث يجوز للخارج دخوله بذلك، لأنّ الداخل له عليه يد بالسلوك المستمرّ عليه الّذي لا يتمّ الانتفاع بداره إلّا به، بخلاف الفضلة فإنّ يدهم فيها سواء، إذ لاتصرّف لهم فيها إلّا بالارتفاق. وهو مشترك انتهى وللمناقشة فيه مجال، ولكنّ الخروج عمّا عليه الأصحاب مشكل جدّاً. ويمكن التخلّص عن جميع ما ذكرنا بما لعلّه به ينتفي الإشكال.

قوله: ﴿ولكلٍّ منهما الخروج ببابه﴾ كما في «المبسوط[٥] والشرائع[٦]

---

(١) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤١.

(٢) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٩.

(٣ و ٤) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٨٢.

(٥) المبسوط: في أحكام الصلح ج ٢ ص ٣٠٩.

(٦) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٤.

مع سدّ الأوّل وعدمه،فإن سدّه فله العَود إليه،وليس لأحدهما الدخول،

والتحرير[١] والإرشاد[٢]» وغيرها[٣]. وفي «التذكرة[٤]» أنّه المشهور لأنّ كلّ ما خرج عن بابه فله فيه حقّ وله حقّ التصرّف في جداره برفعه أجمع فبعضه أولى.

قوله: ﴿مع سدّ الأوّل﴾ قطعاً كما في «التذكرة[٥]».

قوله: ﴿وعدمه﴾ عندنا كما في «التذكرة[٦]» ولا يمنع تكثّر الأبواب لعدم تفاوت الحال.

قوله: ﴿فإن سدّه فله العَود إليه﴾ كما في «التحرير[٧] والتذكرة[٨] وجامع المقاصد[٩]» لأنّ حقّه الثابت لا يسقط بسدّ الباب ولا بالإسقاط.

قوله: ﴿وليس لأحدهما الدخول﴾ أي ببابه عن موضعه كما في «المبسوط[١٠] والشرائع[١١] والتذكرة[١٢] والتحرير[١٣] والإرشاد[١٤] وجامع المقاصد[١٥] والمسالك[١٦]» لأنّه لا حقّ لأحدهما فيما دخل عنه. قلت: أمّا الخارج فالأمر فيه واضح، لأنّه لمّا لم يكن له حقّ فيما جاوز مجازه إلى داخل لم يكن له الدخول إلّا بإذن الداخل. وأمّا الداخل فأقصى ما يمكن أن يقال في توجيهه بأنّ تملّك المباح إنّما يقع على الوجه الّذي اتّفق، فإنّه كان له فتح بابه ابتداءً إلى أيّ الجهات شاء،

(١ و٧ و١٣) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥٠٦.
(٢) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٦.
(٣) كجامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤١٩.
(٤ و٥ و٦ و٨ و١٢) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٣ س ٨ و٢٢ ـ ٢٣ و٩.
(٩ و١٥) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢٠.
(١٠) المبسوط: في أحكام الصلح ج ٢ ص ٣٠٩.
(١١) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٤.
(١٤) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٦.
(١٦) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٨٢ ـ ٢٨٣.

ويحتمله، إذ قد كان له ذلك في ابتداء الوضع ورفع الحائط أجمع.

فلمّا أحيا ما حوله منع منه، فتأمّل.

هذا، ولعلّ الحال في الميزاب كالحال في الباب.

قوله: ﴿ويحتمله، إذ قد كان له ذلك في ابتداء الوضع ورفع الحائط أجمع﴾ أي يحتمل جواز الدخول لكلّ منهما. وقد احتمله في «التذكرة[1] والتحرير[2]» وظاهرهما أو صريحهما بقرينة ما قبله وما بعده أنّ المراد جواز الدخول مع الاستطراق. وفي «جامع المقاصد» أنّ هذا بعيدٌ جدّاً قال: العبارة تحتمل أن يريد جواز الدخول بالباب من غير استطراق وأن يريد مع ذلك جواز الاستطراق، وهو بعيدٌ جدّاً، والوجه الأوّل من الوجهين لو تمّ لدلّ على الثاني بخلاف الوجه الثاني[3]. وستعرف أنّ الثاني يدلّ على الأوّل باللازم. والوجهان قد استدلّ بهما أيضاً في «التذكرة[4]».

الأوّل: أنّه قد كان له ذلك في ابتداء الوضع مخيّراً بين وضع الباب داخلاً وخارجاً، والأصل بقاء ذلك. وضعّف في «جامع المقاصد[5] والمسالك[6]» بأنّ تملّك المباح إنّما يقع على الوجه الّذي اتّفق، فإنّه قد كان له فتح الباب من أيّ الجوانب شاء، وقد امتنع عليه الآن لسبق مَن حوله بالإحياء على فتحه. وهذا جيّد بالنسبة إلى الخارج، لأنّه يقدّم بابه إلى موضع لا استطراق له فيه، لأنّه مختصّ بالداخل، وغير واضح بالنسبة إلى الداخل، ثمّ إنّه قد لا يتمّ على ما فهمه في «جامع

(١ و٤) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٣ س ٩.

(٢) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥٠٦.

(٣ و٥) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢٠.

(٦) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٨٣.

المقاصد[1]» من العبارة من جوازه من غير استطراق، ثمّ إنّه قد يقضي باختصاص مَن حوله به وأنّه لا شركة له معه، فتأمّل.

الثاني[2]: أنّ جعل الباب أدخل عبارة عن رفع بعض الجدار، ورفع جميعه جائز فبعضه أولى. وضعّفه في «جامع المقاصد» بأنّ رفع الجميع لا يستطرّق إليه شبهة استحقاق الاستطراق بخلاف جعل الباب أدخل. قال: وعليه رفع الجميع قد يتطرّق إليه شبهة كون الطرف الأدخل كلّه أو بعضه داخلاً في ملكه[3]. قلنا: ليس الرفع هو المحصّل لهذه الشبهة. نعم غير مانع بخلاف الباب فإنّه هو السبب في الشبهة، ثمّ قال: ولا خفاء في ضعف هذا الاحتمال[4].

قلت: إذا كان الفاضل مشتركاً وقد جوّزوا إخراج الباب في المشترك فليجوّزوا إدخال الباب للأدخل، لأنّه في المشترك، إلّا أن تقول: إنّه قد يفضي إلى الاختصاص على تطاول الزمن لأنّه قد تقرّر عندهم أنّ الداخل يختصّ بما بين البابين، ثمّ على تقدير تسليم الفرق بين فتح الباب ورفع الحائط كلّه إن كان المراد هو جواز الفتح من دون استطراق كما فهمه هو، كانا سواء في كونهما غير مانعين، وأنّهما ليسا محصّلين للشبهة، فليتأمّل. ثمّ إنّ منع المالك من التصرّف في ملكه لشبهة قد تعرض في مال مشترك ممّا يستبعد جدّاً وخصوصاً على ما فهمه من فتح باب لغير الاستطراق، فتدبّر.

هذا وفي «الإيضاح[5]» أنّ هذا الاحتمال ذكره المصنّف على سبيل البحث،

(١) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢٠.
(٢) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٣ س ٩.
(٣) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢٠.
(٤) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢١.
(٥) إيضاح الفوائد: في الصلح ج ٢ ص ١٠٧.

وليس للمحاذي في النافذ منع مقابله من وضع الروشن وإن استوعب الدرب، فإن خرب جاز لمقابله المبادرة، وليس للأوّل منعه.

لا أنّه محتمل عنده، هكذا قال المصنّف في درسه. وقال هو: لا وجه لهذا الاحتمال عندي.

قوله: ﴿وليس للمحاذي في النافذ منع مقابله من وضع الروشن وإن استوعب الدرب﴾ كما هو حاصل كلام «المبسوط[1] والإرشاد[2]» وصريح «الشرائع[3] والتحرير[4] والتذكرة[5] والدروس[6] وجامع المقاصد[7] والمسالك[8] ومجمع البرهان[9] والكفاية[10]» لأنّ حقّ الطريق النافذ غير مختصّ بأصحاب الدور، فلم يكن للجار المقابل ولا لغيره الاعتراض على واضع الروشن أو فاتح الباب فيهما وإن استوعبا عرض الدرب بحيث صار بمكانةٍ لم يبق للجار موضع فيه لوضع روشن ولا فتح باب إذا لم يضرّ بالمارّة ولم يضع شيئاً منه على جدار المقابل.

قوله: ﴿فإن خرب جاز لمقابله المبادرة، وليس للأوّل منعه﴾ كما

---

(١) المبسوط: في أحكام الصلح ج ٢ ص ٢٩١ ـ ٢٩٢.
(٢) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٦.
(٣) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٤.
(٤) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥٠٤.
(٥) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٢ س ١١.
(٦) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٢.
(٧) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢١.
(٨) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٨٣.
(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٧٣.
(١٠) كفاية الأحكام: في الصلح ج ١ ص ٦١٤.

صرّح بذلك في «المبسوط[١]» وما ذكر[٢] بعده آنفاً، لأنّ الأوّل لم يملك الموضع بوضع الروشن فيه، فلمّا خرب بناؤه زالت الأولوية وعاد الأمر كما كان وشبّه ذلك في «التذكرة[٣]» وغيرها برجلٍ جلس في مكان مباح كمسجد أو درب نافذ ثمّ قام عنه أو اُقيم قهراً، وقالوا: إنّ الأوّل يزول حقّه من الجلوس ويكون لغيره الجلوس في مكانه، وليس للأوّل إزعاجه وإن اُزعج الأوّل. فكذا هنا، بل في «التذكرة[٤] والمسالك[٥]» لو فرض أنّ الثاني أخرب روشن الأوّل ووضع روشنه لم يكن للأوّل أن يزيل الثاني وإن كان الثاني ضمن أرش الأوّل واكتسب الإثم.

وحكى في «التذكرة[٦]» عن بعض الشافعية أنّه إنّما يزول حقّه بالإعراض لا بالهدم والانهدام كالجالس في المباح للأولوية.

قلت: قول بعض الشافعية قويّ جدّاً فيما إذا أقامه من مكانه قهراً أو هدم روشنه كذلك. وهو جارٍ في كلّ أولوية، بل قد نقول ببطلان صلاته في ذلك المكان. وهذا هو الّذي استوجهه في «جامع المقاصد[٧]» في باب إحياء الموات، وقال: لم أجد بهذا الفرع تصريحاً، وكأنّه غفل عن كلامهم في الصلح. وقد مال إليه في «الروضة[٨]» والمولى الأردبيلي[٩] قوّى قول بعض الشافعية على إطلاقه وقال: إنّه ليس بأقلّ من التحجير. قلت: قد ذكر جماعة[١٠] من

(١ و٢) المبسوط: في أحكام الصلح ج ٢ ص ٢٩٢.

(٣ و٤ و٦) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٢ س ٢٠ ـ ٢٣.

(٥) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٨٣.

(٧) جامع المقاصد: في إحياء الموات ج ٧ ص ٣٩.

(٨) الروضة البهية: في إحياء الموات ج ٧ ص ١٧٥.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٧٤.

(١٠) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في إحياء الموات ج ١٢ ص ٤١٩ و٤٢٠، والعلّامة في تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٤٨٦، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في إحياء الموات ج ٧ ص ٤٥.

ويجوز جعل الدار اثنتين، ويفتح في المرفوع آخر في موضعٍ له استطراقه، وفتح باب في النافذ لذات المرفوع دون العكس،

الأصحاب أنّ حقّ أولويةالتحجير لا تسقط بتغليب غيره، فمراده أنّ هذا مثله، لأنّه أفاده أولوية.

قوله: ﴿ويجوز جعل الدار اثنتين، ويفتح في المرفوع آخر في موضعٍ له استطراقه﴾ كما في «التذكرة[1] والتحرير[2]» لأنّه قد تقدّم[3] أنّ له أن يفتح لداره في الدرب المرفوع باباً آخر إلى صدر الدرب في الموضع الّذي له استطراقه، فإذا جعل الدار الواحدة اثنتين ثمّ فتح باباً للأُخرى في موضع استطراقه لم يكن منه مانع.

قوله: ﴿وفتح باب في النافذ لذات المرفوع دون العكس﴾ كما في «التذكرة[4]» وتصويره أنّه لو كان له دار لها باب في زقاق غير نافذ ولها حائط في شارع أو زقاق نافذ فأراد أن يفتح باباً في حائطه إلى الشارع جاز له، لأنّه يريد أن يرتفق بما لم يتعيّن ملك أحدٍ عليه.

وعساك تقول: إنّ في ذلك إضراراً بأهل الدرب المرفوع لأنّه كان منقطعاً، وبفتح الباب يصير الدرب نافذاً مستطرقاً إليه من الشارع. لأنّا نقول: إنّه بفتح الباب صيّر داره نافذة، وأمّا الدرب فإنّه على حاله غير نافذ، إذ ليس لأحد غيره استطراق داره. ولو انعكس الحال وكانت بابه في الشارع وله حائط في المنقطع

(١ و٤) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٣ س ٣٢ و٣٦.
(٢) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥٠٧.
(٣) تقدّم في ص ٧٩ ـ ٨٥.

إلّا على احتمال.

فأراد فتح باب للاستطراق فقد تقدّم[1] أنّه ليس له ذلك، إذ لا حقّ له في دربٍ قد تعيّن مالكوه. وفي «الدروس[2]» يجوز العكس على الأقوى.

وهل يجوز لمن داره في صدر المرفوع أن يرفع جداره (جـدرانـه ـ خ ل) ويجعل المرفوع نافذاً كما جاز له أن يجعل داره مسجداً؟ احتمالان، وقد يفرّق بين ذلك والمسجد.

قوله: ﴿إلّا على احتمال﴾ أي لا يجوز العكس إلّا على الاحتمال السابق من جواز إدخال الباب في المرفوع، نظراً إلى أنّ ذلك كان له في ابتداء الوضع وأنّ له رفع الجدار.

فرعـان

الأوّل: في «التذكرة[3] والدروس[4]» يجوز عمل سرداب في الطريق النافذ إذا أُحكم أزَجه ولم يحفر الطريق من وجهها. ولو كان في المرفوع لم يجز وإن أُحكم إلّا بإذنهم.

الثاني: لو جعل المقابل روشناً تحت روشن مقابله أو فوقه فهل للسابق منعه؟ قال في «الدروس[5]»: لم أقف فيه على كلام، وقضيّة الأصل عدم المنع، إلّا أن يقال: لمّا ملك الروشن ملك قراره وهواه، وهو بعيدٌ، لأنّه مأذون فـي الانـتفاع وليس ملزوماً للملك.

---

(١) تقدّم في ص ٧٦ ـ ٧٩.

(٢ و ٤ و ٥) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤١ و ٣٤٢.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٤ س ٢١.

والجدار المختصّ ليس للجار التصرّف فيه بتسقيفٍ وطرح خشبٍ وغير ذلك. ولا تجب عليه الإعارة لو استعاره الجار، بل تستحبّ،

[في أحكام الجدار المختصّ]

قوله: ﴿والجدار المختصّ ليس للجار التصرّف فيه بتسقيفٍ وطرح خشبٍ وغير ذلك﴾ إجماعاً كما في «التذكرة[1]» وعليه دلّ العقل، لأنّه قاضٍ بقبح التصرّف في مال الغير بغير إذنه.

قوله: ﴿ولا تجب عليه الإعارة لو استعاره الجار، بل تستحبّ﴾ هذا عندنا موضع وفاق كما في «المسالك[2]». وحكى في «التذكرة[3]» عن بعض الشافعيّة أنّ للجار أن يضع جذعه على جدار جاره، وإن امتنع اُجبر، فيجب عليه القبول لما رواه أبو هريرة عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه قال: لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره[4]، وهو محمول على الاستحباب إن سلّمنا صحّته، وإلّا فالعقل والنقل قاضيان بردّه، أمّا الأوّل فلما تقدّم من قبح التصرّف في مال الغير، وأمّا الثاني فلقولهم عليهم السلام: «الناس مسلّطون على أموالهم»[5] و«لا يحلّ مال امرئٍ إلّا بطيب نفس منه»[6].

وأمّا دليل الاستحباب فهو مادلّ على قضاء حوائج المسلمين وما جاء من الوصيّة في حقّ الجار حتّى كاد يظنّ أن يورّثه إلى غير ذلك.

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٤ س ٢٩.
(٢) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٨٤.
(٣) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٤ س ٣٠ ـ ٣١.
(٤) مسند أحمد: ج ٢ ص ٢٧٤ و٤٤٧، والسنن الكبرى: ج ٦ ص ٦٨.
(٥) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٢٢٢ ح ٩٩ وص ٤٥٧ ح ١٩٨.
(٦) وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب مكان المصلّي ح ١ ج ٣ ص ٤٢٤.

ولو أذن جاز الرجوع قبل الوضع، وبعده على الأقوى، لكن مع الأرش

قوله: ﴿ولو أذن جاز الرجوع قبل الوضع﴾ مجّاناً قطعاً كما في «التذكرة[1]» وإجماعاً كما في «التحرير[2] والمسالك[3]» وبغير خلاف عندنا كما في «مجمع البرهان[4]».

قوله: ﴿وبعده على الأقوى، لكن مع الأرش﴾ كما في «الشرائع[5] والتحرير[6] والتذكرة[7] والإرشاد[8] والمختلف[9] وجامع المقاصد[10] والمسالك[11]» وعارية «الكتاب[12] والإيضاح[13] وجامع المقاصد[14]» لأنّه عارية، ولأنّ الأصل جواز تصرّف المالك في ملكه كيف شاء. وإلحاقه بالدفن قياس مع الفارق، لتحريم نبشه دون إخراب البناء.

وأمّا الأرش فلأنّه بناء محترم صدر بالإذن، فلا يجوز قلعه إلّا بعد ضمان نقضه، ولأنّ فيه جمعاً بين الحقّين، ولأنّه سبب الإتلاف لإذنه، والمباشر ضعيف، لأنّه بالأمر الشرعي. والشهيد في «الدروس» كأنّه متردّد، قال: قيل: جاز له الرجوع

(١ و٧) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٤ س ٣٧ و٣٨.
(٢ و٦) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥٠٧.
(٣ و١١) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٨٤ ـ ٢٨٥.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٥٩.
(٥) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٤.
(٨) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٥.
(٩) مختلف الشيعة: في الصلح ج ٦ ص ٢٢٢ ـ ٢٢٣.
(١٠) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢٢.
(١٢) قواعد الأحكام: في العارية ج ٢ ص ١٩٤.
(١٣) إيضاح الفوائد: في أحكام العارية ج ٢ ص ١٢٧.
(١٤) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٧٠.

فينقضه لأنّه أعاره، ويحتمل المنع من النقض للغرر الحاصل به فإنّه يؤدّي إلى خراب ملك المستعير. نعم تكون له الأُجرة فيها بعد الرجوع[1]. قلت: قال في «التذكرة»: إنّه يثبت له الخيار بين القلع مع الأرش وبين التبقية بالأُجرة[2] إن رضي صاحبه. ومثل ذلك ما إذا أعاره خشبة وبنى عليها، ونحو ذلك.

وقال في «المبسوط»: لم يكن له الرجوع ما دامت تلك الجذوع باقية، لأنّ المقصود بوضعها التأبيد والبقاء دون القلع، فإن بليت وانكسرت بطل إذن المعير[3]. وقد حكي[4] ذلك عن القاضي، وهذا قول لبعض الشافعيّة[5]. قالوا: لا يستفيد به القلع ولا طلب الأُجرة في المستقبل.

وهذا القول لعلّه قويٌّ متين، وإلّا لزم الضرر العظيم الّذي لا ينجبر بالأرش، لأنّه يخرب ملكه، وقد لا يجد من يبني له، وقد يكون لو لم يعره جداره أو خشبته كان يسهل عليه تحصيل غيرهما. ولا يعارضه أنّ المنع أيضاً ضررٌ على المالك، لأنّه أدخله على نفسه، إذ العادة قاضية بأنّ مثل هذه العارية دائمة، ولا عاقل يرتكبها بدون الدوام، فكأنّه قال له: أعرني مادام خشبي باقياً وليس لك الرجوع قبله، وقد أعاره والتزم بذلك، فكانت كالعارية للدفن، ولا يجدي الفرق بأنّ النبش حرام وأنّه قياس، لتنقيح العلّة المشتركة وظهورها. ولا فارق، إذ على تقدير جواز الرجوع لا يكون النبش حراماً، بل يكون مستثنى كغيره من المستثنيات الكثيرة، على أنّا قد نقول: الأصل في العقود اللزوم خرجت منها العارية في غير محلّ النزاع

(١) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٣.
(٢) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٤ س ٣٩.
(٣) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٢.
(٤) حكاه عنه فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد: في الصلح ج ٢ ص ١٠٧.
(٥) راجع المجموع: ج ١٣ ص ٤٠٩، وفتح العزيز: ج ١٠ ص ٣١٧.

على إشكال،

بالإجماع وبقي الباقي. ثمّ إنّا إذا سلّمنا جواز الرجوع متى شاء فلا معنى لوجوب الأرش، لأنّ المستعير قد أدخل الضرر على نفسه بإقدامه على العارية القاضية بالرجوع القاضي بالتهديم والتخريب في أيّ وقت شاء، فكان هو المهدم والسبب، مع أنّ الأصل براءة ذمّة المالك من ثبوت مال لغيره على تخليص ملكه منه، بل أصالة البراءة مطلقاً. فليتأمّل في ذلك كلّه جيّداً. وتمام الكلام في باب العارية [١].

وهذا كلّه إذا لم يؤدّ إلى خراب ملكه كما إذا استعار الجدار ليضع طرف خشبه عليه والطرف الآخر على ملكه، فإنّ المصنّف فيما يأتي في العارية [٢] والمحقّق [٣] وغيرهما [٤] تردّدوا، وجماعة [٥] جزموا بعدم جواز الرجوع، وآخرون [٦] جزموا بجوازه.

قوله: ﴿على إشكال﴾ أي يرجع مع الأرش على إشكال، ولم يرجّح هنا كولده في «الإيضاح [٧]» والشهيد في «الحواشي [٨]» ومنشؤه ممّا تقدّم [٩] من أنّه بناءً

---

(١) سيأتي في باب العارية ص ٣٩٤ وما بعدها.

(٢) قواعد الأحكام: في العارية ج ٢ ص ١٩٥.

(٣) شرائع الإسلام: في العارية ج ٢ ص ١٧٣.

(٤) كالشهيد الأوّل في الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٣.

(٥) منهم الشيخ في المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٢ وفي العارية ج ٣ ص ٥٦، والحلّي في السرائر: في العارية ج ٢ ص ٤٣٣ ـ ٤٣٤، والعلّامة في إرشاد الأذهان: في العارية ج ١ ص ٤٣٩، وحكاه المحقّق الثاني عن ابن البرّاج في جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢٢.

(٦) منهم العلّامة في مختلف الشيعة: في العارية ج ٦ ص ٧٨، وفخر المحقّقين في إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٢٧ ـ ١٢٨، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٧٠.

(٧) إيضاح الفوائد: في الصلح ج ٢ ص ١٠٧.

(٨) حواشي الشهيد (الحاشية النجّارية): في العارية ص ٨٣ س ٤ ـ ٥ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٩) تقدّم في ص ٩٤ ـ ٩٥.

محترم ... إلى آخره، ومن أنّه إنّما أذن له عارية، ومن خواصّها الرجوع متى أراد مع أصالة براءة ذمّة المالك من ثبوت مالٍ لغيره كما تقدّم آنفاً. وقد أطبقوا[1] في باب العارية على كلمة واحدة على لزوم الأرش من دون تردّد ولا إشكال.

وعلى تقدير ثبوت الأرش فهل له عوض ما نقص من آلات الواضع بالهدم أو تفاوت ما بين العامر والخراب؟ وجهان، منشؤهما أنّ البناء إذا كان محترماً فهو بهيئته حقّ لبانيه، فيكون جبره بتفاوت ما بين كونه عامراً وخراباً، لأنّ ذلك هو نقص المالية. وبه جزم في «تعليق الإرشاد[2]». وقال في «جامع المقاصد[3]»: إنّه لايخلو عن قوّة. وفي «المسالك[4]» أنّه أقوى، لأنّ جميعه مال للواضع، غايته كونه موضوعاً على ملك الغير وذلك الملك إنّما أثّر جواز النقض لا المشاركة في المالية، ومن أنّ نقص هذه الماليّة مستند إلى ملك صاحب الجدار فلا يضمنه، وإنّما يضمن نقصان مال الغير الّذي كان سبب إتلافه وفواته. ولم يرجّح الشهيد في «الدروس[5] والحواشي[6]» واحتمل المقدّس الأردبيلي ثالثاً وهو عوض جميع ما أُخرجه المالك في المهدوم بسبب أخذ خشبه بعد وضع قيمة الآلات الموجودة، فيدخل فيه أُجرة الأكّار وغيرها، قال: وهو الأظهر[7]. وهو كذلك.

---

(١) منهم ابن إدريس الحلّي في السرائر: في العارية ج ٢ ص ٤٣٣ ـ ٤٣٤، والشيخ في المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٧، وفي العارية ج ٣ ص ٥٦، وفخر المحقّقين في إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٢٧ ـ ١٢٨.

(٢) لم نعثر عليه في تعليق الإرشاد للكركي لأنّ النسخة الموجودة لدينا ناقصة.

(٣) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢٣.

(٤) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٨٥.

(٥) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٣.

(٦) لم نعثر عليه في حواشي الشهيد الموجودة لدينا.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٥٩.

ولو انهدم افتقر في تجديد الوضع إلى تجديد الإذن.

قوله: ﴿ولو انهدم افتقر في تجديد الوضع إلى تجديد الإذن﴾ إن كان المراد انهدام الخشب والآلات كان الحكم المذكور صريح «المبسوط [١] والخلاف [٢] والتذكرة [٣]» لكنّ الظاهر أنّ المراد انهدام الجدار، وعليه فالحكم المذكور صريح «المبسوط [٤]» أيضاً و«الشرائع [٥] والتذكرة [٦] والإرشاد [٧] والتحرير [٨] والمختلف [٩] والدروس [١٠] والمسالك [١١] ومجمع البرهان [١٢] والكفاية [١٣]» وظاهر «التذكرة» الإجماع عليه، وستسمع عبارتها. وفي «المسالك [١٤]» أنّ كثيراً من الأصحاب لم يذكر فيه خلافاً. قلت: وبه جزموا في باب العارية [١٥].

ودليله أنّ الإذن إنّما كانت بالوضع على هذا الجدار الخاصّ، ومن المعلوم أنّه بعد عوده غيره فلا تشمله الإذن.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون البناء الثاني بالآلات المنهدم أوّلاً أم لا، كما

---

(١) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٢.
(٢) الخلاف: في الصلح ج ٣ ص ٢٩٧ مسألة ٧.
(٣ و٦) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٥ س ٣ ـ ٤.
(٤) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٨.
(٥) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٤.
(٧) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٥.
(٨) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥٠٧.
(٩) مختلف الشيعة: في الصلح ج ٦ ص ٢٢٤.
(١٠) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٣.
(١١ و١٤) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٨٥.
(١٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٦١.
(١٣) كفاية الأحكام: في الصلح ج ١ ص ٦١٤ ـ ٦١٥.
(١٥) منهم ابن إدريس في السرائر: في العارية ج ٢ ص ٤٣٤، وابن سعيد في الجامع للشرائع: في العارية ص ٣٣٤.

صرّح به جماعة في الباب[1] وباب العارية[2]. قال في «التذكرة»: لو انهدم الجدار فبناه بتلك الآلة افتقر إلى إذن جديد، وللشافعية وجهان، ولو بناه بغيرها لم يعد الوضع إلّا بإذن جديد عندنا، وعند الشافعيّة قولاً واحداً[3]. وظاهرها أن لا خلاف عندنا في ذلك، وأنّ الخلاف في القسم الأوّل فقط للشافعيّة[4] فقط، وأنّهم يوافقونا في الثاني، لكنّه قال في «الشرائع[5]»: فيه قول آخر.

وفي «المختلف[6] والمسالك[7]» أنّه للشيخ في المبسوط، وهو أنّه لو استهدم الجدار كان للمعير نقضه، وأنّه إن أعاده بآلته الأُولى لم يكن له منعه من ردّ الخشب والسقف، وإن أعاده بغيرها كان له منعه. وقال في «المختلف» أيضاً مع أنّ الشيخ قال أوّلاً: لو انهدم الحائط أو هدمه المستعير لم يكن له الإعادة إلّا بإذن مستأنفة، وأيّ فارق بين الموضعين سوى مباشرة الهدم في الثاني دون الأوّل، وتلك لا توجب دوام الإعادة، بل نقول أبلغ من ذلك وهو أنّ المالك لو هدم الحائط من غير حاجة لم يكن للمستعير الإعادة وإن وجب عليه الأرش إن قلنا به[8] انتهى.

قلت: الشيخ تعرّض للمسألة في ثلاثة مواضع من «المبسوط» في الصلح فرض في موضعين منها تلف الخشب وانكسارها وانهدام السقف أو تعمّد المستعير قلعه، وفرض في الموضع الثاني كونه شريكاً في الجدار وأذن له الشريك، وقال في

---

(١) منهم المحقّق الأردبيلي: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٦١، والشهيد الأوّل في الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٣، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في الأملاك ج ٤ ص ٢٨٥.

(٢) كالمصنّف في تحريرالأحكام: في العارية ج٣ص ٢١٥، وفخرالمحقّقين في إيضاح الفوائد: في أحكام العارية ج٢ص ١٢٧، والمحقّق الثاني في جامع‌المقاصد: في العارية ج ٥ ص٤٢٣.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٥ س ٣ ـ ٤.

(٤) كالمجموع: ج ١٣ ص ٤٠٩، والمغني لابن قدامة: ج ٥ ص ٣٩.

(٥) شرائع الإسلام: في الصلح في أحكام النزاع في الأملاك ج ٢ ص ١٢٤.

(٦ و٨) مختلف الشيعة: في الصلح ج ٦ ص ٢٢٤.

(٧) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٨٥.

ويجوز الصلح على الوضع ابتداءً، بشرط تعيين عدد الخشب ووزنه ووقته.

الموضعين: إنّه ليس له إعادة الخشب إلّا بإذنٍ جديد، وفرض الموضع الثالث ـ وهو الّذي ذكره في المختلف ـ فيما إذا ملكا الدار ورأيا الخشب على الحائط ولا يعلمان على أيّ وجه، ثمّ انهدم السقف، قال: فإنّه ليس لصاحب الحائط أن يمنعه من ردّه، لأنّه يجوز أن يكون قد وضع بعوض فلا يجوز الرجوع فيه بحال بلا خلاف. فإن أراد صاحب الحائط نقض الحائط فإنّه ينظر، فإن كان الحائط صحيحاً منع من نقضه لأنّه يريد إسقاط حقّ المستعير، وإن كان الحائط مستهدماً كان له نقضه وينظر، فإن أعاده بتلك الآلة لم يكن له منعه من ردّ الخشب والسقف عليه، وإن أعاده بغير تلك الآلة كان له منعه، وقيل: ليس له منعه، والأوّل أقوى [١]، انتهى.

ولعلّه أراد أنّه من المحتملات أن يكون باعه آلات الجدار وشرط عليه أن يضع خشبه عليها مائة سنة أو ما دامت باقية إن جوّزناه أو صالحه، أو نحو ذلك، فلا يكون مخالفاً، ولا يرد عليه ما في المختلف، فليتأمّل. ثمّ إنّا قد وجدناه وقد تعرّض لها أيضاً في العارية وفرض فيها انكسار الجذع وقال: إنّه ليس له إعادة الآخر [٢].

قوله: ﴿ويجوز الصلح على الوضع ابتداءً، بشرط تعيين عدد الخشب ووزنه ووقته﴾ أمّا جواز الصلح على وضع الخشب مع عدّه ووزنه فقد صرّح به في «المبسوط [٣] والتذكرة [٤] والإرشاد [٥] والدروس [٦] ومجمع البرهان [٧]

(١ و٣) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٢ و٢٩٧ و٢٩٨.

(٢) المصدر السابق: في العارية ج ٣ ص ٥٦.

(٤) لم نعثر عليه.

(٥) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٥.

(٦) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٣.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٦١.

والشرائع[١] والتحرير[٢] وجامع المقاصد[٣] والمسالك[٤]» غير أنّ في الأربعة الأخيرة التقييد بالابتداء كالكتاب ليحترز عمّا لو وقع عليه الصلح بعد البناء، فإنّه لا يعتبر حينئذٍ إلّا تعيين المدّة لصيرورة الباقي معلوماً، بخلاف ما إذا لم يبن لتفاوت الضرر، ولا ضابط يرجع إليه عند الإطلاق. واقتصر في «المبسوط» على اشتراط عدد الخشب ووزنه. وزيد طوله في «الشرائع والتحرير والإرشاد وتعليق الإرشاد والمسالك ومجمع البرهان» ولعلّه لاختلاف ضرر الحائط باختلافه في الطول وإن اتفق وزنه. قلت: المدار على رفع الجهالة. وقد ترك فيها كلّها ذِكر المدّة والوقت، ولابدّ مع ذلك من ذِكرها وضبطها كما في «الكتاب والدروس[٥]» وغيرهما[٦].

ودليل المسألة مع الشرائط المعتبرة في المعاملات الّتي ترفع بها الجهالة والغرر عموم أدلّة الصلح، بل لا يبعد كما في «مجمع البرهان[٧]» اشتراط تعيين المحلّ الّذي يوضع عليه طولاً وعرضاً وعمقاً.

وهذا إذا كانت الآلات غائبة، ولو كانت مشاهدة كفت المشاهدة عن كلّ وصف كما في «المبسوط[٨] والدروس[٩] وجامع المقاصد[١٠] والمسالك[١١]» وكذا «مجمع البرهان[١٢]» ولكن لابدّ من تعيين المدّة. وهذا في الخشب.

أمّا في الآجر واللبن فيكفي فيهما العادة كما صرّح به في «التذكرة[١٣]» وغيرها[١٤]. ولو كان الصلح على البناء على حائطه زيادة عليه افتقر إلى ذِكر الطول

---

(١) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٤.
(٢) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥٠٨.
(٣ و١٠) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢٣.
(٤ و٦ و١١ و١٤) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٨٦.
(٥ و٩) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٣.
(٧ و١٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٦١.
(٨) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٢.
(١٣) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٨ س ٧.

ولو كان مشتركاً لم يكن لأحدهما التصرّف فيه بتسقيفٍ وغيره إلّا بإذن شريكه،

وسمك البناء، صرّح به في «المبسوط[١]» وغيره[٢] لاختلاف ضرره باختلافهما.

وإن كان الجدار جدار مسجد ونحوه لم يجز لأحد البناء عليه ولا الوضع بدون إذن الحاكم قطعاً كما في «الدروس[٣]». وفي جواز إذنه بعوض حيث لا ضرر على الموقف وجهان أقواهما العدم كما في «الدروس[٤]» وهو قضيّة إطلاق كلام «التحرير[٥]».

قوله: ﴿ولو كان مشتركاً لم يكن لأحدهما التصرّف فيه بتسقيفٍ وغيره إلّا بإذن شريكه﴾ كما في «المبسوط[٦] والخلاف[٧] والشرائع[٨] والتحرير[٩] والتذكرة[١٠] والإرشاد[١١] والدروس[١٢] وجامع المقاصد[١٣] والمسالك[١٤] ومجمع البرهان[١٥]» وغيرها[١٦]. وهو واضح، بل في «التذكرة[١٧]» وغيرها[١٨] أنّه ليس لأحد الشركاء التصرّف فيه بشيءٍ من وجوه الانتفاعات حتّى ضرب الوتد وفتح الكوّة، بل ليس له أخذ أقلّ ما يكون من ترابه ليترب به الكتاب بدون إذن

(١ و٦) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٢ و٢٩٧.
(٢ ـ ٤ و١٢) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٣ ـ ٣٤٤.
(٥) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥٠٨.
(٧) الخلاف: في الصلح ج ٣ ص ٢٩٧ مسألة ٦.
(٨) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٥.
(٩) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥٠٧.
(١٠ و١٧) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٥ س ٧ وما بعده.
(١١) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٥.
(١٣) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢٣ ـ ٤٢٤.
(١٤ و١٨) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٨٨ ـ ٢٨٩.
(١٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٦١ ـ ٣٦٢.
(١٦) كالجامع للشرائع: في الصلح ص ٣٠٨.

ولا يجبر أحدهما على الشركة في عمارته لو انهدم،

جميع الشركاء. وفي «الدروس[١]» أنّه ليس له حكّ شيء من آلاته حجراً كان أو آجراً ولا الكتابة عليه.

وقالوا[٢]: إنّه له الانتفاع به بالاستناد إليه أو إسناد المتاع مع انتفاء الضرر. وفي «التذكرة[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥]» أنّه لو منع المالك حرم، لأنّه نوع تصرّف بإيجاد الاعتماد، لأنّه خلاف الاستظلال. وفي «الدروس[٦]» أنّ الأقرب أن ليس له المنع إذا كان المجلس مباحاً كما هو المفروض.

[في أنّ الواضع أو المالك لا يجبران على التعمير]

قوله: ﴿ولا يجبر أحدهما على الشركة في عمارته لو انهدم﴾ كما في «المبسوط[٧] والخلاف[٨]» وسائر ما ذكرناه بعدهما آنفاً[٩] مع زيادة

(١ و٦) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٣ ـ ٣٤٤.

(٢) منهم العلّامة في تحريرالأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥٠٧، والمحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٦٣، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٨٩.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٥ س ١١.

(٤) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢٣ ـ ٤٢٤.

(٥) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٨٨ ـ ٢٨٩.

(٧) المبسوط: في الصلح ج٢ص٢٩٩. (٨) الخلاف: في الصلح ج٣ص٢٩٨مسألة ٩.

(٩) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٥، تحرير الأحكام: في إحياء الموات في المنافع ج ٤ ص ٥١٢، تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٥ س ٣٢، إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٥، الدروس الشرعيّة: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٥، جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢٤، مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٨٩، مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٦٣.

ولو هدمه فالأقوى الأرش،

«الكفاية[١]» وظاهر «التذكرة[٢]» الإجماع عليه حيث نسبه إلى علمائنا. وفي «المسالك[٣]» لا كلام فيه. ودليلهم الأصل السالم عن المخرج عنه، مضافاً إلى ما في «التذكرة» بخلاف الحيوان ذي الحرمة لتعلّق غرض الشارع بالانتفاع به، وإنّ إجباره على عمارته إمّا لحقّ نفسه وهو باطل، لأنّه لا يجبر قطعاً لو انفرد به، أو لحقّ غيره فكذلك، لأنّه لا يجبر الإنسان على عمارة ملك الغير كما لو انفرد به الغير[٤]. والحاصل: أنّ المخالف الشافعي[٥] في القول القديم.

قوله: ﴿ولو هدمه فالأقوى الأرش﴾ كما في «التذكرة[٦] والإيضاح[٧] وجامع المقاصد[٨] وتعليق الإرشاد[٩] والمسالك[١٠]». وفي «التحرير[١١]» لو قيل به كان وجهاً.

وفي «المبسوط[١٢] والشرائع[١٣] والإرشاد[١٤]» أنّ عليه إعادته، وحكاه في

(١) كفاية الأحكام: في الصلح ج ١ ص ٦١٥.
(٢ و ٤) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٥ س ٣٢ ـ ٣٦.
(٣ و ١٠) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٨٩ و ٢٩٠.
(٥) المجموع: ج ١٣ ص ٤١٤، وفتح العزيز: ج ١٠ ص ٣٢٠.
(٦) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٥ ـ ١٨٦ السطر الأخير والأوّل.
(٧) إيضاح الفوائد: في الصلح ج ٢ ص ١٠٧.
(٨) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢٤.
(٩) لم نعثر عليه في النسخة الموجودة لدينا من تعليق الإرشاد للكركي لأنها ناقصة.
(١١) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥١٣.
(١٢) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠٣.
(١٣) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٥.
(١٤) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٥.

وكذا لا يجبر على الشركة في عمارة الدولاب والبئر وغيرهما،

«المسالك[١]» عن التذكرة، وليس كذلك، إذ الموجود في نسختين منها ما ذكرناه. وفي «الدروس[٢] والحواشي[٣]» أنّ عليه إعادته لو أُمكنت المماثلة كما في جدر بعض البساتين والمزارع، وإلّا فالأرش.

وجه الأوّل أنّ ضمان المثل إنّما يكون في المثلي والجدار قيمي، على أنّ العين موجودة والزائل إنّما هو الصفة، فعليه أرش ما بين قيمته منهدماً ومعموراً كما في «الحواشي[٤]» وغيرها[٥].

وفيه: أنّه قد يكون قيمته بعد الهدم قليلة جدّاً، وقيمة الجدار الصحيح كثيرة جدّاً، فتأمّل. فلعلّ الأولى على القول بالأرش أن يكون ما يصرف في بنائه بمثل البناء الأوّل كما نبّه عليه في «مجمع البرهان[٦]» فالجدار وإن كان قيميّاً باصطلاحهم إلّا أنّ العرف قد يقضي بالمماثلة في بعض الجدران، إذ المطلوب منه كونه حائلاً ومانعاً، ولا يريدون في مثل ذلك إلّا المماثلة في الجملة، مؤيّداً بما عرفته من حال الأرش. فتفصيل «الدروس» لا بأس به، ولكن جماعة[٧] في باب الغصب لم يذكروا في مثل ذلك إلّا الأرش.

قوله: ﴿وكذا لا يجبر على الشركة في عمارة الدولاب والبئر

---

(١) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٩١.
(٢) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٥.
(٣ و٤) لم نعثر عليه في حواشي الشهيد الموجودة لدينا.
(٥) كجامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢٤.
(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٦٤ ـ ٣٦٥.
(٧) كالشيخ في الخلاف: في الغصب ج ٣ ص ٤٨ مسألة ٣٥، والشهيد الثاني في المسالك: في الغصب ج ١٢ ص ٢٠٧، والطباطبائي في الرياض: في الغصب ج ١٢ ص ٢٦٨ و٢٦٩ و٢٨٢.

ولو انفرد بها أحدهما لم يمنع.

وغيرهما﴾ كما في «المبسوط[١] والخلاف[٢] والشرائع[٣] والتذكرة[٤] والتحرير[٥] والدروس[٦] وجامع المقاصد[٧] والمسالك[٨] والكفاية[٩]» ولا فرق بين كون المشترك ذاغلّة تفي غلّته بعمارته وغيره عند الأصحاب كما في «المسالك[١٠]».

والمخالف بعض العامّة[١١] فحكم بإجبار الشريك على المساعدة في هذه المذكورات دون الحائط فارقاً بينهما بأنّ الشريك لا يتمكّن من المقاسمة فيضرّ به، بخلاف الحائط فإنّه يمكنه قسمته مع شريكه وقسمة عرصته وردّ بأنّ قسمة العرصة والحائط قد تكون أكثر ضرراً، فكانا سواء.

[في ما لو انفرد أحد الشريكين بالتعمير]

قوله: ﴿ولو انفرد بها أحدهما لم يمنع﴾ أي انفرد بالبناء أو العمارة على اختلاف النسخ كما في «المبسوط[١٢] والتحرير[١٣]» وهو قضية كلام «التذكرة[١٤]»

(١ و١٢) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠٠ و٣٠١.
(٢) الخلاف: في الصلح ج ٣ ص ٢٩٨ مسألة ٩.
(٣) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٥.
(٤) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٦ س ٧ ـ ٨.
(٥ و١٣) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥١٣ و٥١١.
(٦) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٥.
(٧) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢٤.
(٨ و١٠) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٩٠.
(٩) كفاية الأحكام: في الصلح ج ١ ص ٦١٥.
(١١) راجع المغني لابن قدامة: ج ٥ ص ٤٩ ـ ٥٠.
(١٤) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٦ س ١٩ وماقبل الأخير.

لأنّه نفعٌ وإحسانٌ في حقّ الشريك حيث يعمر له حائطه ولا يغرمه في نفقته ولا ضرر عليه بوجه.

وفي «جامع المقاصد[1] والمسالك[2]» أنّ الأصحّ والأقوى توقّفه على إذنه. واحتمل ذلك قويّاً في «الدروس[3]» إن بناه بالآلة المشتركة مع اشتراك الأساس، لأنّه مال مشترك فيمتنع التصرّف بدون إذن الشريك. وقوّى ـ من دون توقّفٍ ـ التوقّف على إذنه إن بناه بآلة من عنده، ففرّق بين الأمرين. والأقوى التوقّف مطلقاً، فإذا امتنع حيث لا ضرر عليه بل يكون في ذلك نفعٌ وإحسانٌ إليه رفع أمره إلى الحاكم ليجبره على الإذن أو المساعدة، فإن امتنع أذن له الحاكم بدون أُجرة، لأنّه إذا لم يجبره على العمارة لا يجبر على الإنفاق.

وفي «المبسوط[4] والتحرير[5] والتذكرة[6]» حيث اختير فيها أنّه لا يمنع أنّه له بناؤه بأنقاضه وبآلات من عنده، فإن بناه بأنقاضه فالحائط على الشركة، وإن بناه بآلات من عنده فالحائط للباني. وفيه: أنّ الآلات إذا كانت مشتركة كيف يجوز له التصرّف فيها بالعمارة من دون إذن المالك.

وفي الثلاثة[7] أيضاً: أنّه لو بناه بأنقاضه لم يكن للشريك نقضه ولا للباني.

وقد يقال[8]: إنّه لو طالبه الشريك بهدمه أمكن وجوب الإجابة، لأنّ تصرّفه في

(١) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢٥.
(٢) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٨٩.
(٣) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٥.
(٤) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠١.
(٥) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥١١.
(٦) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٦ س ٤٢ ـ ٤٣.
(٧) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠١، تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥١١، تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٦ س ٢٠ ـ ٢١.
(٨) القائل هو المحقّق الكركي في جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢٦.

الآلات كان بدون إذن، وربّما تعلّق غرضه بها وطلب قسمتها كذلك.

وفي الثلاثة[١]: أيضاً أنّه إن بناه بآلات من عنده فللباني نقضه، وليس للشريك ذلك، ولا له وضع خشبته ورسومه عليه.

قيل[٢]: إذا كان الأساس مشتركاً كيف لا يكون له نقضه. وهو خيرة «الدروس[٣] وجامع المقاصد[٤]».

قلت: إذا حصل للشريك ضرر عظيم بعدم عمارته فله دفع الضرر عن نفسه ببنائه من آلة من عنده، فإذا بناه على وجه شرعي كان مستحقّ البقاء مملوكاً له، فليس للشريك نقضه ولا وضع خشبته ورسومه عليه. فكان كلام الشيخ والمصنّف أوفق بأُصول المذهب.

وفي الثلاثة[٥] أيضاً: لو أراد الباني النقض حيث يكون الآلات من عنده فقال الشريك: أنا أدفع نصف قيمة البناء ولا تنقضه لم يجبر.

وفي «التحرير[٦]» أنّه لو قال: إمّا أن تأخذ نصف قيمته لأنتفع بوضع خشبي أو تقلعه لنعيد البناء لزمه الإجابة. وقيّده في «التذكرة[٧]» بما إذا كان له رسم خشب عليه، لأنّه لا يجوز للباني إبطال رسوم بنيانه. ولعلّه مراد «التحرير» وهو خيرة الشيخ في «المبسوط[٨]».

(١ و٥) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠١، تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥١١، وتذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٦ س ٢٩ و٢٤.

(٢) لم نعثر على قائله ولا حاكيه في ما لدينا من الكتب.

(٣) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٥.

(٤) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢٥.

(٦) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥١٢.

(٧) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٦ س ٣١.

(٨) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠١.

وقد حكى عنه في «الدروس[١] والمسالك[٢]» أنّه خيّر الشريك الغير الباني بين مطالبته بهدمه وإعطائه نصف قيمة الحائط، قالا: والتخيير في ذلك للباني لا للشريك.

قلت: الموجود في «المبسوط[٣]»: فإن قال الشريك الباني: أنا لا أنقضه وأمنعك من الانتفاع به، فقال شريكه: أنا أُعطيك نصف قيمته وأُعيد رسمي من الخشب، كان له ذلك. ويقال للباني: أنت بالخيار بين أن تأخذ منه نصف قيمة الحائط وبين أن تنقضه حتّى تعيدا جميعاً حائطاً بينكما، لأنّ قراره مشترك بينكما وله حقّ الحمل عليه، ولا يجوز لك الانفراد به، انتهى. وهو صريح فيما حكيناه مخالف لما حكياه.

وكيف كان، فعلى القول باعتبار إذنه لو خالف الشريك وعمّر فهل لشريكه نقضه؟ الظاهر أنّ له ذلك، سواء كان بناه بآلته أو بغيرها. أمّا الثاني فلأنّه عدوان محض وتصرّف في أرض الغير إلّا أن يضطرّ إلى ذلك كما تقدّم[٤]. وأمّا الأوّل فمع أنّه تصرّف في الأرض والأنقاض وتغيير لهيئته ووضعه الّذي كان عليه بهيئةٍ أُخرى مغصوبة أو كالمغصوبة أنّه ربّما تعلّق غرضه بآلاته، ولا يلتفت إلى أنّ هدمه له تصرّف في مال شريكه الّذي بناه، لأنّه يريد الوصول إلى حقّه ولا احترام لما وضعه عدواناً، فتأمّل.

وفي «جامع المقاصد[٥]» لو أراد أحد الشريكين الإضرار بصاحبه في الجدار والقناة والدولاب ونحوها، فإن امتنع من العمارة وغيرها من الوجوه الّتي يمتنع الانتفاع بدون جميعها فليس ببعيد أن يرفع أمره إلى الحاكم ليخيّر الشريك بين عدّة أُمور من بيع وإجارة وموافقة على العمارة وغير ذلك من الأُمور الممكنة في ذلك،

(١) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٥.
(٢) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ ص ٢٩٠.
(٣) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠١.
(٤) تقدّم في ص ٩٤ ـ ٩٦.
(٥) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢٥.

ولا يجبر صاحب السفلِ ولا العلوِ على عمارة الجدار الحامل للعلوِ.

عملاً بقوله صلى الله عليه وآله: «لا ضرر ولا ضرار»[١] ولأنّ في ترك جميع هذه الأُمور إضاعة للمال، وقد نهي عنها. قال: ولم أظفر هنا بتصريح فينبغي أن يلمح، انتهى. قلت: من الوجوه الممكنة انفراد الشريك بالعمارة، وقد صرّح به مَن عرفت[٢] من دون إذن الحاكم.

[لا يجبر صاحب السفلِ او العلو على التعمير]

قوله: ﴿ولا يجبر صاحب السفلِ ولا العلوِ على عمارة الجدار الحامل للعلو﴾ قال في «التذكرة»: لو كان علو الجدار لواحد وسفلها لغيره فانهدم لم يكن لصاحب السفل إجبار صاحب العلو على مساعدته في إعادة السفل، لأصالة البراءة، وكذلك ليس لصاحب العلو إجبار صاحب السفل على إعادة السفل ليبني عليه عند علمائنا[٣]. وفي «المبسوط[٤]» نفي الخلاف في الأوّل. وفي «الدروس» لا يجبر صاحب السفل ولا العلو على بناء الجدار الحامل للعلو ولا على جدار البيت إلّا أن يكون ذلك لازماً بعقد[٥]. وبهذا القيد جزم في «جامع المقاصد[٦]» وعليه نبّه في مثله في «المبسوط[٧]» لكن في «التذكرة» لو كان له ساباط استحقّ وضعه على حائط غيره فانهدم لم يجبر أحدهما على العمارة، وللشافعيّة قولان[٨]. وقضيته

(١) وسائل الشيعة: ب ١٧ من أبواب الخيار ح ٣ و٤ ج ١٢ ص ٣٦٤.
(٢) تقدّم في ص ١٠٦.
(٣ و٨) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٦ س ١٠ ـ ١٢ و ١٤.
(٤ و٧) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠٢ ـ ٣٠٣.
(٥) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٦.
(٦) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢٦.

ولو طلبا قسمته طولاً أو عرضاً جاز،

عدم اعتبار القيد فيما نحن فيه. وفي «التحرير» لو طلب صاحب العلو البناء لم يكن لصاحب السفل منعه[١]. وهذا يوافق ما سلف له في الجدار من أنّه إذا انفرد أحدهما بالعمارة لم يمنع كما تقدّم[٢]. ويمكن حمله على ما إذا كان حمل جدران العلو واجباً، وإلّا أشكل فيما إذا كان الأساس ملكاً لصاحب السفل أو مشتركاً كما تقدّم[٣] بيانه.

[في ما لو طلب كلّ من صاحب السفل والعلو قسمة التعمير]

قوله: ﴿ولو طلبا قسمته طولاً أو عرضاً جاز﴾ أي لو طلب كلّ من الشريكين في الجدار قسمته طولاً أو عرضاً جاز. وبه صرّح في «المبسوط[٤] والتذكرة[٥] والدروس[٦] وجامع المقاصد[٧]» وظاهر الأخير الإجماع عليه حيث قال: جاز قطعاً. وتأمّل في قسمته عرضاً في «التحرير[٨]» والقسمة تحصل بنشر الحائط وبالعلامة.

ووجه الجواز فيهما بالتحوين أنّ لهما هدمه كلّه إذا تراضيا عليه، فإذا تراضيا على قسمته على وجهٍ مخصوص جاز لهما ذلك بالأولى. ولا أثر لحصول النقص بالنشر لو اختاراه.

(١ و٨) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥١٢ و٥١٤.

(٢ و٣) تقدّم في ص ١٠٦.

(٤) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٩.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٥ س ١٥.

(٦) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٤.

(٧) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢٧.

ووجه ما في «التحرير» ما قاله فيه، قال: لو اتّفقا على قسمته عرضاً احتمل جوازه لانحصار الحقّ فيهما وعدمه لعدم تميّز نصيب أحدهما من الآخر بحيث يمكنه الانتفاع بنصيبه دون صاحبه، فإنّه لو وضع خشبة على أحد جانبيه كان ثقله على الحائط أجمع[١]. ومعناه أنّ وضع خشبة على نصيبه موجب لتعدّي الثقل والتحامل إلى الآخر. وفيه: أنّهما إذا تراضيا على ذلك فلا مانع، نعم ذلك يجدي فيما إذا طلب أحدهما القسمة كذلك وامتنع الآخر فإنّه لا يجبر لذلك كما يأتي[٢].

والمراد بطول الحائط امتداده من زاوية من البيت إلى الزاوية الأُخرى أو من حدٍّ من أرض البيت إلى حدٍّ آخر من أرضه، وليس المراد ارتفاعه عن الأرض فإنّ ذلك عمقه، وبعرضه هو سطحه الّذي يوضع عليه الجذوع.

والمراد بالقسمة طولاً هي القسمة في كلّ الطول ونصف العرض، وهذه صورتها:  ، وبقسمته عرضاً هي القسمة في نصف الطول وكلّ العرض، وهذه صورتها:  . فلو كان طوله عشراً وعرضه ذراعين واقتسما في كلّ الطول ونصف العرض ليصير لكلّ واحد ذراع في طول عشر جاز، وكذا لو اقتسماه في كلّ العرض ونصف الطول ليصير لكلّ واحد منهما طول خمسة في عرض ذراعين. ويأتي الكلام[٣] في القرعة.

وهذا الّذي حكيناه في القسمتين هو المذكور في «التذكرة[٤] والدروس[٥] وجامع المقاصد[٦]». ويأتي عن «المبسوط[٧]» عكس ذلك، فسمّى قسمة الطول قسمة العرض وبالعكس. وكلام «التحرير[٨]» في قسمة عرصة الحائط يوافق اصطلاح المبسوط.

(١ و٨) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥١٣ ـ ٥١٤.
(٢) سيأتي الصفحة الآتية.
(٣ و٧) سيأتي في ص ١١٥.
(٤) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٥ س ١٢ ـ ١٥.
(٥) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٤.
(٦) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢٧.

ولا يجبر أحدهما لو امتنع عن القسمة في كلّ الطول ونصف العرض، وكذا في نصف الطول وكلّ العرض،

[فيما لو طلب أحدهما القسمة وامتنع الآخر]

قوله: ﴿ولا يجبر أحدهما لو امتنع عن القسمة في كلّ الطول ونصف العرض، وكذا في نصف الطول وكلّ العرض﴾ كما في «التحرير[١]» وجزم في «التذكرة[٢]» بعدم الإجبار في الأوّل. وقال في الثاني: إن انتفى الضرر عنهما أو عن الممتنع أُجبر عليها، وإن تضرّر الممتنع لم يجبر ومقتضى كلام «الدروس[٣]» الإجبار أيضاً على القسمة مع انتفاء الضرر في الثاني. وقد نفى عنه البُعد في «جامع المقاصد[٤]» وفصّله في عبارة الكتاب بقوله «وكذا» لعلّه يشعر بأنّه أضعف في الحكم من الأوّل. ولا ترجيح في «المبسوط» لأنّه قال: في الناس من قال: لا يجوز الإجبار على قسمة الحائط طولاً وعرضاً، وفي الناس من قال: يقسّم طول الحائط ولا يقسّم عرضه على حال، لأنّ قسمته لا تتصوّر[٥].

ووجه عدم الإجبار في الأوّل أنّه لو أوجبناها على هذا النحو لكان لامحيص عن القرعة في التخصيص، لأنّ المفروض عدم تراضيهما معاً، والأخذ بغير قرعة ولا تراضي منافٍ للقسمة، ولا نظير له في الشرع، والقرعة ربّما وقعت لأحدهما على الشقّ الّذي يلي الآخر فلا يتمكّن من الانتفاع بما وقع له، ولعدم إمكان فصل كلّ سهم عن الآخر، لأنّه إن اكتفى بالعلامة ـ أعني خطّاً بين السهمين ـ كان بناء

---

(١) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥١٣ ـ ٥١٤.
(٢) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٥ س ١٨ ـ ٢٣.
(٣) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٥.
(٤) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢٨.
(٥) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٩.

أحدهما على نصيبه موجباً لتعدّي الثقل والتحامل إلى الآخر، وإن كان بالنشر ضعف الجدار وتناقصت قوّته. ووجه العدم في الثاني أنّه لو فصّل بالعلامة لزم تعدّي الثقل إلى الآخر، وإن كان النشر لزم إتلاف شيء من الجدار ولا إجبار مع الإضرار، لكن هذا الإتلاف هيّن، لأنّه بمنزلة قسمة الثوب الصفيق، والقرعة الّتي هي معيار القسمة ممكنة هنا بخلاف الأوّل.

ووجه ما حكاه في «المبسوط» من أنّه لا تتصوّر قسمته أنّا وجدناه اصطلح فيه على تسمية قسمة العرض بقسمة الطول وبالعكس كما ستسمع[1]. وحينئذٍ يتصوّر ما حكاه من أنّه لا يتصوّر قسمته.

إذا تقرّر هذا فعد إلى عبارة الكتاب، ومعناها مع ما قبلها: أنّهما لو طلبا القسمة طولاً أو عرضاً وتراضيا عليها فلا كلام في الجواز، ولو طلب أحدهما القسمة وامتنع الآخر، فإن طلبها الطالب في كلّ الطول ونصف العرض أو بالعكس وامتنع الآخر فلا إجبار. ولا خلل في العبارة ولا تكرار، وإن كان فهو إظهار مكان إشارة أو إضمار، ولعلّه قصد بذلك ما أشرنا إليه آنفاً من الإشعار.

وقد حكى في «جامع المقاصد» عن الشهيد أنّه أورد في بعض حواشيه أنّ القسمة طولاً وعرضاً هي القسمة في كلّ الطول ونصف العرض وفي نصف الطول وكلّ العرض ويلزم التكرار، وأنّه أجاب باختلاف الحكمين، فإنّ الأوّل يعطي الجواز والثاني يعطي عدم الإجبار، فالفرق بينهما فرقٌ ما بين العامّ والخاصّ[2]. وقال في «جامع المقاصد»: إنّ السؤال والجواب ليسا بشيء[3].

والموجود فيما عندنا من «الحواشي[4]» المنسوبة إليه حكاية ذلك عن الفخر،

---

(١) سيأتي في الصفحة الآتية وما بعدها.

(٢ و٣) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢٨.

(٤) حواشي الشهيد (الحاشية النجّارية): في الصلح ص ٨١ س ١١ ـ ١٨ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

قال: إنّه قال: لا فرق بين قولنا طولاً وبين كلّ الطول ونصف العرض، وكذا الآخر: ثمّ حكى عن ابن بوران أنّه أظهر بينهما فرقاً هندسياً لم نفهمه. وقال: يمكن أن يراد بالأوّل قسمة رأس الحائط طولاً وعرضاً مع بقاء باقيه مشتركاً فإنّهما يصدقان عليه مع عدم صدق كلّ الطول وكلّ العرض فإنّهما لا يصدقان إلّا مع الانتهاء إلى الأرض. وقد نبّه في المبسوط على قريب من هذا في قوله: بقسمة عرصة الحائط ويمكن حمله على هذه العرصة الّتي ذكرها في المبسوط وجعلها مقدّمة على قسمة الحائط. وصرّح في التحرير بقسمة العرصة، انتهى.

قلت: الموجود في المبسوط لا يناسب شيئاً ممّا ذكره. قال في «المبسوط»: إذا انهدم الحائط المشترك وأراد أحدهما أن يقاسم صاحبه عرصة الحائط، فإن اتّفقا على ذلك جاز لهما أن يقتسماها كيف شاءا، وإن أراد أحدهما وامتنع الآخر نظر، فإن أراد قسمة الطول اُجبر الممتنع منهما على ذلك وقسمة الطول إن تقدّر العرصة وتخطّ في عرصتها خطّاً يفصل بين الحقّين، فإذا فعل ذلك اُقرع بينهما، فأيّهما خرجت عليه القرعة أخذه وبنى عليه بناءً يختصّ به. فأمّا إذا اختار أحدهما قسمة عرضه، قيل فيه قولان: أحدهما لا يجبر عليه لأنّ القرعة لا تدخلها، والثاني ـ وهو الصحيح ـ أنّه يجبر عليه لأنّها قسمة ليس فيها إضرار ـ إلى أن قال: ـ ومثال قسمة العرض أن يخطّ خطّاً في طول العرصة، فإذا كان مقدار العرض مثلاً ذراعاً جعل ممّا يلي ملك كلّ واحد منهما نصف ذراع[1]، انتهى. فقد فرضها في المبسوط في المنهدم، ولا يخفى عليك أنّ اصطلاحه في الطول والعرض عكس ما بيّنّاه. وعليه يحمل ما حكيناه في قسمة الحائط.

وقال في «التحرير»: لو كان بينهما عرصة جدار فاتّفقا على قسمتها جاز طولاً

---

(١) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٩.

وتصحّ القرعة في الثانية دون الأُولى، بل يختصّ كلّ وجهٍ بصاحبه. ولو تعاونا على إعادة المشترك أو إعادة أحدهما بالآلة المشتركة فهو على الشركة.

وعرضاً، ولو اختلفا فطلب أحدهما القسمة طولاً والآخر عرضاً أُجبر الممتنع على ما لا ضرر فيه، ولو كان فيهما ضرر لم تجز القسمة. ولو طلب أحدهما القسمة عرضاً ولا يفي العرض بحائطين لم يُجبر الممتنع، وإن وفى بهما احتمل الإجبار لانتفاء الضرر، وعدمه لانتفاء القرعة، إذ معها ربّما يحصل لكلّ منهما ما يلي ملك جاره فلا ينتفع به. ولو أجبرناه لأجبرناه على ما يليه من غير قرعة، ولا مثل له في الشرع [1]. وهذا يوافق ما في المبسوط من الاصطلاح في التسمية، ولا ينفع الشهيد فيما ذكره في توجيه العبارة.

قوله: ﴿وتصحّ القرعة في الثانية دون الأُولى، بل يختصّ كلّ وجهٍ بصاحبه﴾ قد ظهر الوجه في ذلك ممّا تقدّم [2].

[في ما لو تعاون الشريكان على إعادة المشترك]

قوله: ﴿ولو تعاونا على إعادة المشترك أو إعادة أحدهما بالآلة المشتركة فهو على الشركة﴾ كما صرّح بالأمرين في «التذكرة [3]» من غير نقل خلاف حتّى من العامّة. وقال: لو شرطا مع التعاون على الإعادة والشركة في بنائه زيادة لأحدهما فالأقوى عندي الجواز عملاً بالشرط. وبه جزم في «التحرير [4]» قال: لو كان الحائط نصفين فاتّفقا على بنائه على الثلث جاز.

قلت: ولعلّه لابدّ في ذلك من مشاهدة الآلات أو وصفها ومشاهدة الأرض

(١ و ٤) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥١٣.

(٢) تقدّم في ص ١١٣ ـ ١١٤.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٦ ـ ١٨٧ السطر الأخير والأوّل.

بناءً على أنّ الصلح أصل وإن كان بغير عوض، إذ المراد من الشرط في التذكرة والاتفاق في التحرير أنّهما اصطلحا على ذلك.

ووجه العدم أنّه شرط عوض من غير معوّض، لأنّهما متساويان عملاً وجداراً وعرصةً وأنقاضاً، فيكون قد استوهب سدس حصّة شريكه، وهبة ما لم يوجد لاتجوز. وهو خيرة الشيخ في «المبسوط[1]» وهو بناءً على أنّه فرع الهبة. وقد يجعل المانع عدم وجود التركيب الّذي هو جزء صوري من الحائط وعدم إمكان ضبطه. وفيه ضعف، وإلّا لما جاز الاستئجار على البناء المقدّر بالعمل. وهذا لاينافي ما سلف لنا من أنّه لا يجوز الصلح على ما سيبنيه بما سيبنيه الآخر.

ويمكن أن نقول في تصحيح ما نحن فيه بالصلح بأنّ الشارط على نفسه قد تبرّع بما يخصّ شريكه من عمله، والشارط لنفسه غير متبرّع، فيشترط له في مقابله قدراً من الملك وأنّه اشترط سدس النقض له في الحال لا من الجدار بعد البناء، لأنّه تعليق ملك في عين، وهو ممتنع، لامتناع الأجل في الملك، فيصحّ الصلح حينئذٍ بلا إشكال.

ولو انفرد أحدهما بالعمل والآلة مشتركة وشرط لنفسه الأكثر من الآلات والنقض صحّ قطعاً كما في «الدروس[2]» ويجري مجرى الاستئجار على الطحن بجزء من الدقيق. وعلى الارتضاع بجزء من الرقيق وعلى هذا يملك الأكثر من الحائط مبنيّاً.

ولو انفرد أحدهما بالعمل والآلة بشرط أن يكون له الثلثان من الجدار فقد جمع بين البيع والإجارة، لأنّه قد قابل ثلث الآلة المملوكة. ونصف عمله بسدس العرصة المملوكة ويشترط في صحّة ذلك العلم بالآلات وبصفات الجدار.

---

(١) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠٠.

(٢) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٧.

ولو طلب صاحب العلوِ عمارةالسفلِ بنقض صاحبه كان له المنع، ولو أعادهبآلةٍ من عنده فله ذلك، والمعادملكه، ولا يمنع صاحب السفلِ من الانتفاع بسفله، لكن يمنع من الانتفاع بفتح كوّة أو ضرب وتدٍ.

[فيما لو طلب صاحب العلو عمارة السّفل بآلات مالكه]

قوله: ﴿ولو طلب صاحب العلوِ عمارة السفلِ بنقض صاحبه كان له المنع﴾ وجهه واضح. وبه صرّح في «التذكرة[1]». وفي «التحرير» أنّه ليس له منعه، فإن بناه بالأنقاض فهو كما كان، وإن بناه بآلة من عنده لم يكن لصاحب السفلِ الانتفاع به من طرح الخشب ورسم الوتد، وله السكنى في السفل[2]، انتهى. وقد تقدّم الكلام في مثل ذلك.

هذا وقال في «المبسوط»: ليس لصاحب السفلِ مطالبة صاحب العلوِ بالبناء بلا خلاف[3]. قلت: وليس لصاحب العلوِ مطالبة صاحب السفلِ بالبناء إلّا أن يكون ذلك لازماً بعقد. والنِقض بالكسر المنقوض، وهو آلات البناء.

قوله: ﴿ولو أعاده بآلةٍ من عنده فله ذلك﴾ كما في «التذكرة[4]» وقد سمعت ما في «التحرير». وقال في «جامع المقاصد»: إنّه ليس على إطلاقه بل هو مقيّد بما إذا لم يكن الأساس للآخر ولا مشتركاً بينهما وإلّا لم يجز بدون الإذن[5]. قلت: قد تقدّم[6] بيان وجه الإطلاق في مثل ذلك.

[في منع صاحب السفل من الانتفاع بما يضعف العلوّ]

قوله: ﴿ولا يمنع صاحب السفلِ من الانتفاع بسفله لكن يمنع من

(١ و ٤) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٦ س ٢٦ ـ ٢٧.
(٢) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥١٢.
(٣) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠٣.
(٥) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٢٩.
(٦) تقدّم في ص ١١٦ وما بعدها.

ولو انفرد أحد الشريكين بالإنفاق على البئر والقناة لم يكن له منع الآخر من الانتفاع بالماء.

ولا يجب على مستحقّ إجراء الماء في ملك غيره مشاركة المالك في عمارة سقف المجرى وإن خرب من الماء، ولا على المالك إصلاح القناة لو خربت بغير سببه.

الانتفاع بفتح كوّة أو ضرب وتدٍ﴾ ونحو ذلك من التصرّف المضعف للجدار، لأنّه إضرار بصاحب العلوِ في أمرٍ مستحقٍّ له كما نبّه عليه في «التحرير[١]» وغيره[٢].

[في ما لو انفرد أحد الشريكين بالإنفاق]

قوله: ﴿لو انفرد أحد الشريكين بالإنفاق على البئر والقناة لم يكن له منع الآخر من الانتفاع بالماء﴾ كما في «المبسوط[٣]» و«التذكرة[٤]» و«التحرير[٥]» لأنّ الماء ينبع من ملكهما المشترك. وليس للمنفق عين مال، وإنّما له أثر نقل الطين عنه، إلّا أن يكون الحبل والدلو والبكرة له فيكون له منعه من الاستقاء بهذه الآلات، فإذا استأنف الشريك لنفسه آلة لم يكن له منعه من الاستقاء. ومنه يعلم الحال فيما لو بناه بآلةٍ من عنده.

[فيما يستوجبه مجرى الماء ومالك المجرى]

قوله: ﴿ولا يجب على مستحقّ إجراء الماء في ملك غيره مشاركة المالك في عمارة سقف المجرى وإن خرب من الماء، ولا على المالك

(١ و٥) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥١٢ و٥١٣.

(٢) كالدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٧.

(٣) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠٢.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٦ س ٣٨ ـ ٣٩.

ويجوز لصاحب العلوِ الجلوس على السقف الحائل بينه وبين السفلِ وإن كان مشتركاً، ووضع ما جرت العادة بوضعه للضرورة، ولصاحب السفل الاستكنان، وتعليق ما لا يتأثّر به السقف المشترك كالثوب، أمّا ضرب الوتد في السقف فلا.

إصلاح القناة لو خربت بغير سببه﴾ كما في «التذكرة[١] وجامع المقاصد[٢]» في الأمرين. ولم ينصّ في «الدروس[٣]» إلّا على الأوّل. لأنّه لا يجب عليه أن يسقف المجرى فلا يجب عليه عمارته لو خرب بسبب الماء، لأنّه حصل بسبب مستحقّ، ولأنّ استحقاق الإجراء لا يقتضي استحقاق عمارة المجرى في الثاني.

[فيما يستحقّه صاحب العلوّ والسفل]

قوله: ﴿ويجوز لصاحب العلوِ الجلوس على السقف الحائل بينه وبين السفلِ وإن كان مشتركاً، ووضع ما جرت العادة بوضعه للضرورة، ولصاحب السفلِ الاستكنان، وتعليق ما لا يتأثّر به السقف المشترك كالثوب، أمّا ضرب الوتد في السقف فلا﴾ السقف المشترك يجوز لصاحب العلوِ الجلوس عليه ووضع الأثقال عليه على المعتاد، ولصاحب السفلِ الاستظلال والاستكنان به، لأنّا لو لم نجوّز ذلك لزم الضرر العظيم وتعطيل المنافع. وقد قرّب في «التذكرة» أنّه ليس لصاحب السفل تعليق الأمتعة فيه، سواء كان له ثقل يتأثّر به السقف أو لا كالثوب ونحوه[٤]. ومختاره هنا خيرة «الدروس[٥]». وفي «جامع المقاصد» أنّه قريب لجريان العادة بذلك، نعم لا يجوز ضرب الوتد قطعاً[٦]. ولو

(١ و٤) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٧ س ١٥ و١٩.
(٢ و٦) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٣٠ و٤٣١.
(٣ و٥) الدروس الشرعية: في تراجم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٨ و٣٤٧.

فـروع

الأوّل: إذا استحقّ وضع خشبةٍعلى حائطٍ فسقطت أو وقع الحائط استحقّ بعد عوده الوضع، بخلاف الإعارة.

ولو خيف على الحائط السقوط ففي جواز الإبقاء نظر.

اختصّ به فله التصرّف في ملكه كيف شاء.

[في جواز وضع الخشبة على الحائط أيضاً بعد عوده]

قوله: ﴿فروع، الأوّل:إذا استحقّ وضع خشبةٍ على حائطٍ فسقطت أو وقع الحائط استحقّ بعد عوده الوضع، بخلاف الإعارة﴾ كما في «التذكرة[١] وجامع المقاصد[٢]» وكذا «التحرير[٣]». والفرق أنّ الإعارة إذن في الوضع فلا تقتضي التكرار ما لم يصرّح به، وبعد انقضاء المأذون فيه لا يبقى استحقاق، أمّا إذا كان الوضع مستحقّاً بعقدٍ لازمٍ إلى أمدٍ معيّن فإنّه يقتضي استحقاق الإعادة للقطع ببقاء الاستحقاق بعد السقوط،بل يجبر على بناء الجدار، والخصوصية غير ملحوظة.

[في جواز إبقاء الخشبة لو خيف سقوط الجدار]

قوله: ﴿ولو خيف على الحائط السقوط ففي جواز الإبقاء نظر﴾ ونحوه ما في«الإيضاح[٤] والحواشي[٥]»من عدم الترجيح. وفي«التذكرة» أنّ الأقوى تحريم الإبقاء لما فيه من الضرر العظيم[٦]، وفي «جامع المقاصد» أنّ الأصحّ جوازه،

(١ و٦) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٨ و١٨٩ س ٤٢ والسطر الأخير والأوّل.
(٢) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٣١.
(٣) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥٠٨.
(٤) إيضاح الفوائد: في الصلح ج ٢ ص ١٠٨.
(٥) الحاشية النجّارية: في الصلح ص ٨٢ س ٣ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

الثاني: لو وجد بناءه أو خشبته أو مجرى مائه في ملك غيره ولم يعلم سببه فالأقرب تقديم قول مالك الأرض والجدار في عدم الاستحقاق.

لأنّ الإزالة ضرر، والضرر لا يزال بالضرر، مضافاً إلى أنّ له حقّ البقاء فيستصحب[1]. وقد يقال[2]: إنّ الضرر العظيم يزال بالضرر الأقلّ، وفي البقاء ضرر عليهما فيكون مضارّاً أي قاصداً للضرر. وقد تقرّر أنّه يمنع. ولا فرق في ذلك بين استحقاق الوضع والإعارة ما لم يبذل الأرش في الإعارة فتجب الإزالة حينئذٍ.

[في دعوى استحقاق مَن وجد ملكه في ملك غيره]

قوله: «الثاني: لو وجد بناءه أو خشبته أو مجرى مائه في ملك غيره ولم يعلم سببه فالأقرب تقديم قول مالك الأرض والجدار في عدم الاستحقاق» كأنّ المسألة غير محرّرة في «الكتاب والتذكرة[3]» بل في «جامع المقاصد[4]» لأنّهما إمّا أن لا يعلما على أيّ وجهٍ وضع ذلك، أو يدّعي صاحب البناء والخشبة الاستحقاق بصلحٍ ونحوه ويدّعي الآخر العارية، أو يدّعي الأوّل أنّه بحقّ والآخر أنّه عدوان.

فإن كان الأوّل ففي «المبسوط» أنّهما إذا ملكا دارين ورأيا الخشب على الحائط ولا يعلمان على أيّ وجهٍ وضع ثمّ انهدم السقف فإنّه ليس لصاحب الحائط أن يمنعه من ردّه، لأنّه يجوز أن يكون قد وضع بعوض، فلا يجوز الرجوع به بحالٍ

(١ و ٤) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٣١ و ٤٣٢.

(٢) لم نعثر عليه.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٩ س ١.

بلاخلاف[1]. وهو خيرة «الدروس[2]». وفي «التحرير» في استحقاق الاستمرار نظر[3]. والمخالف المحقّق الثاني في «جامع المقاصد[4]» وقد رمى قول الشيخ بالضعف، مع أنّه نفى الخلاف فيه، وظاهره بين المسلمين. ولعلّه لأنّ الاستحقاق يتوقّف على أُموركثيرة،والأصل عدمه وعدمها، إلّاأن يقال[5]:إنّ الظاهرظاهر يد فتنقطع الأُصول.

وإن كان الثاني ـ وعليه تنزّل عبارة «الكتاب والتذكرة» لأنّهما في الفرض سواء، وإلّا فمن لا يعلم سبب كون بنائه في ملك الغير ما دام لا يعلم الاستحقاق لا يدّعيه، فلا يتصوّر منه ولا من الآخر الّذي هو مثله اليمين عليه ـ فقد قرّب المصنّف هنا وولده في «الإيضاح[6] وجامع المقاصد[7]» وكذا الشهيد في «الحواشي[8]» تقديم قول مالك الأرض، لأصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير، ولأنّ اليد تقتضي الاختصاص بالانتفاع، والوضع أعمّ من الاستحقاق، وأقصاه أن يكون بحقّ، وهو أعمّ من العارية الّتي يجوز الرجوع فيها.

وظاهر الشيخ[9] أنّ على مدّعي العارية البيّنة واليمين على الآخر، ولعلّه لمكان الظاهر كما عرفت آنفاً. ولا ترجيح في «التحرير[10] والتذكرة[11] والدروس[12]».

وفسّر العبارة في «جامع المقاصد[13]» بالمعنى الأوّل، ثمّ اعترض عليها على المعنى الثاني، ولعلّه لقوله «ولم يعلم سببه» وقد يقرأ «يعلم» بالبناء للمجهول.

---

(١) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٨.

(٢ و١٢) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٦.

(٣ و١٠) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥٠٩ و٥١٦.

(٤ و٧ و١٣) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٣٢.

(٥) لم نعثر عليه.

(٦) إيضاح الفوائد: في الصلح ج ٢ ص ١٠٩.

(٨) لم نعثر عليه.

(٩) تقدّمت الإشارة إليه في الصفحة السابقة.

(١١) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٩ س ١.

الثالث: لا يجوز بيع حقّ الهواء ولا مسيل الماء ولا الاستطراق.

وإن كان الثالث فالقول قول صاحب البناء، للأصل في فعل المسلم معتضداً بالظاهر.

ومثل البناء والخشبة والمجرى الميزاب يقذف في ملك غيره والمجاز فيه.

[في جواز صلح الحقوق المتعلّقة بالأعيان]

قوله: ﴿الثالث: لا يجوز بيع حقّ الهواء ولا مسيل الماء ولا الاستطراق﴾ كما في «التذكرة[1] والتحرير[2] والدروس[3] وجامع المقاصد[4]» وظاهر الأوّل[5] الإجماع عليه، لأنّ موضع البيع الأعيان، والمخالف الشافعيّة[6] حيث ألحقوا الحقوق المتعلّقة بالأعيان بالأعيان.

ويصحّ الصلح على الحقوق المذكورة بشرط التعيين كما صرّح به هؤلاء[7]، وكذا الشيخ في «المبسوط[8]» والشهيدان في «اللمعة[9] والروضة[10]» في الصلح على إجراء الماء. والتعيين فيه يحصل بتقدير المجرى طولاً وعرضاً أي الممرّ

(١ و ٥) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٩ س ٣ ـ ٧.

(٢) تحريرالأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥١٦.

(٣) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٨.

(٤) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٣٢.

(٦) فتح العزيز المطبوع مع المجموع: ج ١٠ ص ٣٢٩ س ٩ ـ ١٣.

(٧) منهم العلّامة في تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥١٦، والشهيد في الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٨، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٣٢.

(٨) المبسوط: في أحكام الصلح ج ٢ ص ٣١٠.

(٩) اللمعة الدمشقية: في الصلح ص ١٤٩.

(١٠) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٨٥ ـ ١٨٦.

الفصل الثالث: في التنازع

لو صالح المتشبّث المصدّق لأحد المدّعيين ـ بسببٍ يوجب التشريك كالإرث ـ على شيءٍ شاركه الآخر إن كان بإذنه، وإلّا صحّ في الربع ولا شركة.

الّذي يمرّ فيه الماء لترتفع الجهالة. ولا يعتبر تعيين العمق، لأنّ مَن ملك شيئاً ملك قراره إلى تخوم الأرض كما صرّح بذلك كلّه جماعة[1]. وينبغي مشاهدة الماء لاختلاف الحال بقلّته وكثرته. ولو كان ماء مطر اختلف بكبر ما يقع عليه وصغره، فمعرفته تعرف بمعرفة محلّه. ويأتي تمام الكلام في محلّه[2].

﴿الفصل الثالث: في التنازع﴾

[في تشبّث المصدّق لأحد المدّعيين على شيءٍ من المتنازع فيه]

قوله: ﴿لو صالح المتشبّث المصدّق لأحد المدّعيين ـ بسبب يوجب التشريك كالإرث ـ على شيءٍ شاركه الآخر إن كان بإذنه، وإلّا صحّ في الربع ولا شركة﴾ كما في «المبسوط[3] والشرائع[4] والتذكرة[5]

---

(١) منهم العلّامة في تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥١٥، والشهيد في الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٧، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٧٣.

(٢) سيأتي في ص ١٤٩ ـ ١٥١.

(٣) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٣.

(٤) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٢.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٩ س ٣٦ ـ ٤٢.

والتحرير[١] والإرشاد[٢] وشرحه[٣]» لولده و«جامع المقاصد[٤] والمسالك[٥] ومجمع البرهان[٦] والكفاية» وفي الأخير: أنّه المشهور[٧]. وكأنّه أشار بذلك إلى ما ستسمعه[٨] عن «المسالك» وإلّا فلا خلاف في ذلك. ولا فرق بين أن يقولا ورثناها وقبضناها ثمّ غصبها منّا وعدمه كما قرّبه في «التذكرة[٩]» وجزم به في أوّل كلامه في «جامع المقاصد[١٠]» لأنّ سبب التشريك موجود.

وحكى في الأوّل عن بعض العامّة[١١] أنّه لا يشاركه، لأنّ التركة إذا حصلت في يد الورثة صار كلّ منهما قابضاً لحقّه وانقطع حقّه عمّا في يد الآخر، ولهذا يجوز أن يطرأ الغصب على نصيب أحدهما خاصّة بأن تزال يده، فالمغصوب لا يكون مشتركاً بينهما.

وحاصل ما أراد المصنّف والجماعة: أنّ المدّعيين اتّفقا على كون سبب ملكهما مقتضياً للشركة، فإقرار المتشبّث لأحدهما مقتضٍ لتشاركهما فيما أقرّ به وإن لم يصدّقهما على السبب الّذي ادّعيا به، لأنّهما متّفقان على أنّ البعض كالكلّ يستوي ملكهما فيه، فيمتنع استحقاق المقرّ له النصف دون الآخر، كما أنّ الفائت يكون ذاهباً عليهما. فاشتراكهما في المقرّ به ثبت من جهة اعترافهما بما يوجب الشركة لا من جهة الإقرار، فلا يؤثّر فيه تخصيص المقرّ أحدهما بالملك.

---

(١) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١٥.
(٢) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٤.
(٣) شرح إرشاد الأذهان للنيلي: في الصلح ص ٥٧ السطر الأخير.
(٤ و ١٠) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٣٣.
(٥) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٧١.
(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٤٧.
(٧) كفاية الأحكام: في الصلح ج ١ ص ٦١٢.
(٨) سيأتي في الصفحة الآتية.
(٩ و ١١) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٩ س ٣٨.

وحينئذٍ فإذا صالح المقرّ له المتشبّث على النصف المقرّ به، فإن كان الصلح بإذن شريكه أو إجازته بعده صحّ في جميعه بجميع العوض، وإلّا ففي ربع المقرّ له بنصف ما صولح عليه، ويبطل في ربع شريكه. ويأتي الكلام[1] في اشتراكهما في المقرّ به وتردّد مَن تردّد في ذلك أو مثله.

وفي «المسالك» ما حاصله: أنّ هذا لا يتمّ إلّا على القول بتنزيل البيع والصلح على الإشاعة كالإقرار، وهم لا يقولون به، بل يقولون بأنّه مخصوص بنصف البائع والمصالح، بل إنّما ينزّل على ذلك الإقرار، فلو أقرّ بالنصف للغير يكون إقراراً بربعه وربع شريكه. ووجهه أنّ البائع إنّما يبيع مال نفسه ولا يصحّ بيع مال الغير إلّا فضولاً أو وكالةً، وكلّ منهما غير المتبادر المتعارف، فينصرف إلى ماله، بخلاف الإقرار فإنّه كالشهادة بأنّه لفلان، وهو قد يكون في ماله وقد يكون في غير ماله، فينبغي أن يكون المصالح عليه إنّما هو نصف المقرّ له، فيكون العوض كلّه له. هذا إذا قال له: صالحتك على النصف مطلقاً للّفظ أو: على نصفي، وأمّا إذا قال له: صالحتك على النصف الّذي أقررت به كان منزّلاً على الإشاعة، لأنّه تابع للإقرار المنزّل على ذلك. فيكون قول المصنّف والجماعة متّجهاً، ويمكن تنزيله على ذلك لئلّا ينافي ما ذكروه من القاعدة. قال: وهذا توجيهٌ حسن لم ينبّه عليه أحد. نعم قال الشهيد في بعض تحقيقاته: يحتمل انصراف الصلح إلى حصّة المقرّ له ويكون العوض كلّه له، وتبعه الشيخ عليّ رحمه الله وأطلقوا[2]، انتهى حاصل كلامه.

وفيه نظر من وجوه:

الأوّل: أنّ هذه القاعدة في البيع والإقرار ليست مسلّمة عند الكلّ. أمّا البيع فقد

---

(١) سيأتي في الصفحة الآتية وص ١٣١ ـ ١٣٣.

(٢) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٧١ ـ ٢٧٢.

تقدّم [١] في بابه أنّه لو باع مالك النصف النصف أنّه يحتمل الحمل على الإشاعة كما في «نهاية الإحكام [٢] والكتاب [٣] والإيضاح [٤]» وغيرها [٥]. ووجّهوه بأنّ البيع صالح لملكه وملك غيره، ولهذا يقبل التقييد بكلٍّ منهما. ولفظ النصف إذا أُطلق يُحمل على الإشاعة، ولم يجعل الشارع صحّة التصرّف قرينة في المجازات والمشتركات، مضافاً إلى ما حكاه هو عن الشهيد والشيخ عليّ رحمهما الله تعالى. وأمّا الإقرار ففي «التحرير» أنّ الأقرب أنّه لو قال: بعتُ نصفه أو أقرّ بنصفه التخصيص بنصيبه [٦]. نعم ظاهر بيع «الكتاب [٧] ونهاية الإحكام [٨] والإيضاح [٩]» الإجماع على التنزيل على الإشاعة.

وعساك تقول: كيف يدّعى الإجماع على ذلك وقد أطبقوا في باب الإقرار [١٠] والميراث [١١] أنّه إذا أقرّ بمشارك في الإرث ولم يصدّقه باقي الورثة أنّه يدفع إليه ما فضل في يده عن ميراثه وأنّه لا ينزّل على الإشاعة؟ لأنّا نقول: الإشاعة إشاعتان: إشاعة بالنسبة إلى النصيبين وإشاعة للأجزاء في الأجزاء. فالأُولى يقابل بها تنزيل الإقرار على نصيبه فقط، كما إذا باع مالك النصف النصف فإنّه ينزّل في

---

(١) تقدّم في ج ١٢ ص ٦٥٤.

(٢) نهاية الإحكام: فيما يشترط في المعقود عليه ج ٢ ص ٤٧٩.

(٣ و٧) قواعد الأحكام: في البيع ج ٢ ص ٢٠.

(٤ و٩) إيضاح الفوائد: في المتعاقدين ج ١ ص ٤٢١ و٤٢٢.

(٥) كجامع المقاصد: في المتعاقدين ج ٤ ص ٨٠.

(٦) تحرير الأحكام: في العتق ج ٤ ص ١٩٦.

(٨) نهاية الإحكام: فيما يشترط في المعقود عليه ج ٢ ص ٤٧٩.

(١٠) منهم العلّامة في قواعد الأحكام: في الإقرار ج ٢ ص ٤٣٨، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الإقرار ج ٩ ص ٣٥٦، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في الإقرار ج ١١ ص ١٣٠ ـ ١٣١.

(١١) منهم الشهيد في الدروس الشرعية: في الميراث ج ٢ ص ٣٨٤، والفاضل الهندي في كشف اللثام: في الفرائض ج ٩ ص ٥١٢ ـ ٥١٣، والحلّي في السرائر: في الإرث ج ٣ ص ٣٠٨.

المشهور على نصيبه فقط، والثانية ثابتة في كلّ مال مشترك، وملاحظتها تقضي بأنّ إنكار المنكر بمنزلة الإتلاف كما سيتّضح لديك فيما يأتي، فالمنفية في الإقرار والميراث الإشاعة الثانية. قالوا: لو أقرّت بولد للزوج المتوفّى وكذّبها الإخوة دفعت إليه ما بيدها زائداً عن نصيبها وهو الثمن، ولا تدفع إليه سبعة أثمان ما في يدها تنزيلاً للإقرار على الإشاعة، فيستحقّ في كلّ شيءٍ سبعة أثمانه. والمراد بالإشاعة في الإقرار هنا وفي باب البيع [١] الإشاعة بالنسبة إلى النصيبين بل دفعها ما في يدها زائداً عن نصيبها في المثال من باب تنزيل الإقرار على الإشاعة بالنسبة إلى النصيبين، فليلحظ ذلك فإنّه نافعٌ دقيق، وربّما خفي على الأجلّاء. وتمام الكلام في باب الإقرار [٢] فإنّا قد أسبغناه هناك.

الثاني: إنّ المحقّق الثاني قد نبّه على ذلك، فإنّه ـ بعد أن فسّر كلام المصنّف وفرّق بين السبب الواحد الموجب للتشريك والسبب المتغاير بأنّ الصلح يصحّ في حصّة المصالح أجمع، ولا شركة للآخر معه كما سيأتي [٣] في الثاني، وأنّ الآخر يشاركه في الأوّل كما عرفت [٤] ـ قال: ولقائل أن يقول: لا فرق بين تغاير السبب وكونه مقتضياً للتشريك في عدم الشركة، لأنّ الصلح إنّما هو على استحقاق المقرّ، وهو أمرٌ كلّي يمكن نقله عن مالكه إلى آخر. ولهذا لو باع أحد الورثة حصّته من الإرث صحّ ولم يتوقّف على رضا الباقين [٥]. وفي ذلك كمال التنبيه على ما اعترض به في المسالك، مضافاً إلى ما ذكره في تمام كلامه كما ستسمعه [٦] إن شاء الله تعالى. وفي هذا بلاغ أقصاه أنّه ما وجّه التوجيه الّذي نزّل هو عليه كلام الأصحاب.

---

(١) تقدّم في ج ١٢ ص ٦٥٥.
(٢) سيأتي في ج ٩ ص ٣٤٧ الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء الخامس والعشرين.
(٣) سيأتي في ص ١٣٢.
(٤) تقدّم في ص ١٢٦ ـ ١٢٧.
(٥) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٣٤.
(٦) سيأتي في ص ١٣١ ـ ١٣٥.

ثمّ إنّ كلام الشهيدين والمحقّق الثاني غير جيّد قطعاً، لأنّ كلام الأصحاب في المقام صريح في أنّ الصلح على ذلك النصف الّذي أقرّ له به كما هو نصّ كلام «المبسوط[١]». وفي «الشرائع» أنّه صالحه على ذلك النصف[٢]. ونحوها «الإرشاد[٣]». وفي «التحرير[٤]» صالحه عمّا أقرّ له به. وفي «شرح الإرشاد[٥]» صالحه على مجموع هذا النصف. فلا مجال لاحتمال الشهيد في كلام القوم ولا لكلام المحقّق الثاني ولا لتفصيله في «المسالك» بالألفاظ الثلاثة وتوجيه كلام القوم بذلك، لأنّه نصّ صريح لا يحتاج إلى توجيه، على أنّه ما ثبت له في ظاهر الشرع وعند المقرّ إلّا ذلك، ولا صالحه إلّا عليه، فينصرف الصلح إليه وإن كان مطلقاً أو مقيّداً بنصفي، لأنّه هو الّذي له، وإلّا لما رضي المقرّ بالصلح. وإلّا فلو صرّح له بأنّه إنّما يصالحه على نصفه الّذي له في نفس الأمر والواقع من غير إشاعة متعلّقة بربع صاحبه ورضي المقرّ به لزمه الإقرار بثلاثة أرباع الدار نصف للمصالح وربع لشريكه كما هو واضح، والحال أنّه منكر للنصف الآخر.

فالحكم في عباراتهم كما قالوه سواء قال: صالحتك على النصف المقرّ به كما هو صريح مَن عرفت أو نصفي أو أطلق، والأخيران ينصرفان إلى الأوّل، وإلّا لما صحّ الصلح، لعدم رضى المقرّ، فلو قال: إنّما قصدت مالي من غير إشاعة لا يسمع قوله، لأنّ للمقرّ أن يقول: ما اشتريت إلّا ما أقررت به. وهذا موجّه مسموع، على أنّهم رضي الله عنهم كفونا مؤنة ذلك، وعبارة الكتاب تحمل على ذلك، على أنّ اعتراض المسالك على عبارة الشرائع، وقد سمعتها.

---

(١) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٣.

(٢) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٢.

(٣) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٤.

(٤) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١٥.

(٥) شرح إرشاد الأذهان للنيلي: في الصلح ص ٥٧ س ٢.

ولو تغاير السبب صحّ الصلح في حصّته أجمع ولا شركة.

[في تغاير سبب الشركة بين الشركين في الصلح]

قوله: ﴿ولو تغاير السبب صحّ الصلح في حصّته أجمع ولا شركة﴾ كما صرّح به في «المبسوط [1]» وجميع ما ذكر [2] بعده فيما إذا اتّحد السبب. والمراد بتغاير السبب أن يكون سبب ملك كلٍّ منهما غير سبب ملك الآخر، كأن يكون أحدهما مستحقّاً للنصف بالإرث والآخر بالشراء، فلا يكون مقتضياً للتشريك، وإنّما تجيء الشركة من الشيوع ولا فرق في ذلك بين أن يصرّحا بذلك أم لا.

والحاصل: أنّهما لم يصرّحا بما يقتضي الشركة المشاعة لعدم الدليل، وثبوت ملك أحدهما لا يستلزم ثبوت ذلك للآخر. نعم إن ادّعى أحدهما ذلك على الآخر كانت دعوىً كسائر الدعاوي.

وهل يكون شراؤهما معاً واتّهابهما وقبضهما معاً إذا أقرّ به المصدّق من المدّعيين كالإرث أم يلحق بالسببين المتغايرين؟ صرّح في «المبسوط [3] والتحرير [4] ومجمع البرهان [5] والكفاية [6]» بالإلحاق في الأوّل ـ أعني الشراء ـ. وقرّب في «التذكرة [7] وجامع المقاصد [8]» الإلحاق في الأمرين ـ أعني الشراء والاتّهاب ـ واحتمل ضعيفاً

(١ و٣) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٣ ـ ٢٩٤.

(٢) منها شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٢، وتذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٩ س ٣٦ ـ ٤٢، وتحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١٥، وإرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٤، وشرح إرشاد الأذهان للنيلي: في الصلح ص ٥٧ س ٨، وجامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٣٣ ـ ٤٣٤، ومسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٧١، ومجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٤٧ ـ ٣٤٩، وكفاية الأحكام: في الصلح ج ١ ص ٦١٢.

(٤) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١٥.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٤٧.

(٦) كفاية الأحكام: في الصلح ج ١ ص ٦١٢.

(٧) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٩ س ٣٨ و٤٢. (٨) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٣٤.

العدم، لأنّ البيع لاثنين بمنزلة صفقتين، ولم يرجّح في «المسالك[١]».

هذا وفي «جامع المقاصد» أنّ لقائل أن يقول: لا فرق بين تغاير السبب وكونه مقتضياً للتشريك في عدم الشركة، لأنّ الصلح إنّما هو استحقاق المقرّ، وهو أمر كلّي يمكن نقله عن مالكه إلى آخر كما تقدّم نقله، وردّه وقال: قد سبق في البيع فيما إذا قال: النصف لك والنصف الآخر لي ولشريكي ما ينافي إطلاقه ما هنا حيث إنّه حكم بالتشريك بينهما في الحاصل والتالف، وفي أحكام التنازع في الرهن تردّد في التشريك وعدمه[٢].

قلت: لعلّه أراد كما هو صريح كلامه أنّه تقدّم له في ذلك أنّ الربع التالف بسبب تكذيب الشريك يكون من المقرّ والمقرّ له والحاصل لهما من دون فرق بين اتّحاد السبب وتغايره حيث لم يتعرّض له.

وبيانه: أنّه لمّا أقرّ له بالنصف الّذي هو ستّة من اثني عشر وأنّ النصف الآخر له ولشريكه وكذّبه الشريك كان متعلّق الإقرار أمراً كلّيّاً في يد كلّ واحدٍ من الشريكين، فلمّا ردّ الشريك إقراره كان الردّ نافذاً في الربع الّذي هو نصف ما في يده. فصار هذا الربع تالفاً. ولا شبهة في أنّ العين المشتركة إذا تلف بعضها إنّما يتلف من الشريكين على قدر استحقاقهما. وقد انحصرت الشركة بين المقرّ والمقرّ له، لأنّ الأوّل ردّ وأنكر فلا شركة له معه، فكان التالف من المقرّ والمقرّ له موزّعاً على نسبة استحقاقهما، فكان للمقرّ اثنان والتالف منه واحد وللمقرّ له أربعة والتالف منه اثنان، ولم يفرّق في العين بين كون سبب الشركة فيها متّحداً أو متغايراً.

وقضيّة كلامه هنا التفصيل بأنّه إن كان سبب الملك موجباً للتشريك ككون المقرّ به مستحقّاً لهم بالإرث كان إنكار الشريك بمنزلة تلف الربع ووجب كونه

(١) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٧١ ـ ٢٧٢.

(٢) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٣٤.

منهما، لأنّه لمّا أقرّ له بنصف كان متعلّق الإقرار أمراً كلّيّاً في يد كلّ واحدٍ من الشريكين، فلمّا ردّ الشريك إقراره كان الردّ نافذاً في الربع، فصار تالفاً، ويمتنع تلف الأمر الكلّي، إذ التلف إنّما يتحقّق في نفس الأمر والواقع بحيث يترتّب عليه مقتضاه للأمر المتعيّن المشخّص. وإن كان سبب الملك لا يقتضي التشريك لم يكن ردّ المنكر بمنزلة التلف، فيكون للثالث بمقتضى الإقرار نصف ما في يد المقرّ لا غير لأنّ له بمقتضى الإقرار ربع ما في يد كلٍّ من الشريكين، كما لو صرّح فقال: لك نصف ما في يدي ونصف ما في يد شريكي.

والحاصل: أنّ الإنكار لا يلحق بالتلف إلّا فيما إذا كان سبب الملك متّحداً موجباً للتشريك. وأمّا ما عداه فلا دليل عليه. فيكون كلام المصنّف هناك منزّلاً على ما هنا، لكنّ كلامهم في باب الإقرار والميراث يقضي بأنّ الإنكار من الوارث وغيره ـ اتّحد السبب أو تغاير ـ لا يلحق بالتلف كما سمعته آنفاً[1] في مثال إقرار الزوجة بولد، إلّا أن يحمل كلامهم في البابين على ما إذا كان بعد قبض الوارث واستقرار الملك، كما يأتي للمحقّق الثاني فيما حقّقه بقوله: والّذي يقتضيه ... إلى آخره، كما سمعته. وبالجملة: كلامهم غير محرّر، فتدبّر.

وأمّا ما أشار إليه من استشكاله في باب الرهن فهو قوله: ولو ادّعيا على واحدٍ رهن عبده عندهما فصدّق أحدهما خاصّة فنصفه مرهون عند المصدّق، فلو شهد للآخر فإشكال، ينشأ من تشارك الشريكين المدّعيين حقّاً فيما يصدّق الغريم أحدهما عليه أو لا، فإن قلنا بالتشريك لم تُقبل، وإلّا قبلت[2]. وقد اختار هناك ولده[3] التشريك وعدم قبول الشهادة، لأنّه يدفع بشهادته مزاحمته.

---

(١) تقدّم في ص ١٢٩.

(٢) تقدّم في ج ١٥ ص ٦٣٢.

(٣) إيضاح الفوائد: في الرهن ج ٢ ص ٤٢.

وفصّل في «التذكرة[١] والحواشي[٢]» التفصيل المذكور هنا، وهو أنّه إن كان سبب الملك موجباً للتشريك ككون الدّين المرهون به العبد مستحقّاً لهما بالإرث أو نحوه شارك ولم تُقبل شهادته، وإلّا فلا.

وقال في «جامع المقاصد»: فيما نحن فيه: والّذي يقتضيه النظر أنّ الحكم في مسألة الإرث قبل قبض الوارثين صحيح، لأنّ الحاصل من التركة قبل القبض هو المحسوب تركة بالنسبة إلى الوارث (الورثة ـ خ ل)، والتالف لا يحتسب عليهم وكأنّه لم يكن، وامتناع الوصول إليه كتلفه في هذا الحكم، والظاهر أنّه لا خلاف في ذلك. أمّا بعد القبض واستقرار الملك لهم فلا دليل على إلحاق تعذّر الوصول إلى حقّ بعضهم بالإنكار مع عدم البيّنة ونحوها بتلف البعض في هذا الحكم، فالأصل عدمه. فينبغي التوقّف فيه فليلحظ الحكم المذكور في البيع[٣].

قلت: قد لحظناه، وتحريره ما اقتضاه نظره، ولعلّه بـه يـحصل الجـمع بـين كلماتهم في الأبواب الأربعة وإن كان ظاهرهم في باب البيع والإقرار عدم الفرق بين ما كان قبل القبض وبعده، وقضيّته في البيع أنّ التلف منهما مطلقاً، وفي الإقرار أنّ التلف من المقرّ له مطلقاً.

وقد أورد على هذا الفرق في «المسالك[٤]» إيراداً لا وجه له مبنيّاً على ما سلف له من أنّ الصلح إنّما وقع على حقّه فيختصّ به، سواء كان قبل القبض أو بعده.

وينقدح ممّا ذكرناه في المقام إشكال فيما إذا كان الدّين عـلى المـيّت ألفـاً وكـانت التركة ألفين وعصى أحـد الولدين مثلاً بالألف الّتي فـي يـده فهل ينحصر

---

(١) تذكرة الفقهاء: في التنازع في الرهن ج ٢ ص ٤٢ س ٤٠، وفي الصلح ص ١٨٩ س ٣٥ ـ ٤٣.

(٢) الحاشية النجّارية للشهيد: في الرهن ص ٧٣ س ٣. (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلاميه).

(٣) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٣٤ ـ ٤٣٥.

(٤) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٥ ص ٢٧٢.

ويعطى مدّعي الدرهمين أحدهما ونصف الآخر، ومدّعي أحدهما الباقي مع التشبّث،

الدَين فيما في يد المطيع أو لا؟ احتمالان أشبههما العدم، فتأمّل. ولو كان المشترك دَيناً فأقرّ لبعضٍ وأنكر بعضاً ففي الشركة قبل القبض لا بحث، وبعد القبض وغير التركة من أقسام الشركة فيه الخلاف المشهور من أنّ الحاصل لهما والتالف عليهما وعدمه. ويبتني عليه ما لو صالح عليه بعد قبضه.

[في ما لو ادّعى أحدهما الدرهمين والآخر أحدهما]

قوله: ﴿ويعطى مدّعي الدرهمين أحدهما ونصف الآخر، ومدّعي أحدهما الباقي مع التشبّث﴾ كما في «النهاية[١] والشرائع[٢] والنافع[٣] والتحرير[٤] والإرشاد[٥] والدروس[٦] والحواشي[٧] واللمعة[٨] والتنقيح[٩] والتذكرة[١٠] وإيضاح النافع وجامع المقاصد[١١] والمسالك[١٢] والروضة[١٣] والكفاية[١٤] ومجمع

---

(١) النهاية: في الصلح ص ٣١٣.
(٢) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢١.
(٣) المختصر النافع: في الصلح ص ١٤٤.
(٤) تحريرالأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١٦.
(٥) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٤.
(٦) الدروس الشرعية: في الصلح ج ٣ ص ٣٣٣.
(٧) لم نعثر عليه.
(٨) اللمعة الدمشقية: في الصلح ص ١٤٩.
(٩) التنقيح الرائع: في الصلح ج ٢ ص ٢٠٣.
(١٠) تذكرة الفقهاء: في لواحق الصلح ج ٢ ص ١٩٥ س ٣١.
(١١) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٣٥.
(١٢) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٦٥.
(١٣) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٨٢.
(١٤) كفاية الأحكام: في الصلح ج ١ ص ٦١٠ ـ ٦١١.

البرهان[١]» وفي الأخير: أنّه مجمع عليه.

وفي الستةالأخيرة[٢] كما هو المحكي[٣] عن ابن المتوّج أنّه لابدّ من اليمين. قال في «التذكرة»: الأقرب أنّه لابدّ من اليمين، فيحلف كلّ منهما على استحقاق نصف الآخر الّذي تصادمت دعواهما فيه، فمن نكل منهما قضي به للآخر. ولو نكلا أو حلفا معاً قسّم بينهما ... إلى آخره[٤].

وفي «مجمع البرهان» كأنّ الأوّلين مجمع عليهما، والظاهر أنّ الحلف إنّما هو مع طلب صاحبه وعلى عدماستحقاق صاحبه في المدّعى لا على استحقاقه[٥] كما هو ظاهر. والظاهر أنّ إطلاقات النصّ ـ كما ستسمعه ـ والفتوى مقيّدة بذلك وبعدم البيّنة أو بما إذا كانت لهما بيّنة من غير رجحان. والإطلاق فيهما مبنيّ على الظاهر المعلوم والقواعد المقرّرة، فالأولى لشيخنا في «الرياض[٦]» أن لا يتأمّل في ذلك.

وقوله في «الدروس»: «لم يذكر الأصحاب في هذه يميناً»[٧] فلعلّه أراد الأكثر، أو أنّه غفل عن التذكرة، أو لم يظفر بها فيها[٨].

(١ و٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٤٢ و٣٤٣.

(٢) راجع هامش ١١ ـ ١٤ من صفحة القبل وهامش ١ من هذه الصفحة.

(٣) لم نعثر عليه.

(٤) تذكرة الفقهاء: في لواحق الصلح ج ٢ ص ١٩٥ س ٣٣.

(٦) رياض المسائل: في الصلح ج ٩ ص ٤٥ ـ ٤٦.

(٧) الدروس الشرعية: في الصلح ج ٣ ص ٣٣٣.

(٨) أقول وردت في الكفاية عبارة لعلّها بالنسبة إلى ما في الكتاب تكون تفسيراً وبياناً نذكرها ليكون توضيحاً له أوّلاً، ويظهر منه بعض ما في عبارة الشارح من الخلل ثانياً. قال في الكفاية في تفسير قوله في عنوان المسألة وهو: «لو كان معهما درهمان ... الخ» والمراد بكونهما معهما كونهما تحت يدهما ليكونا متساويين في الدعوى إذ لو كانا في يد مدّعي الدرهمين قدّم قوله فيهما بيمينه، ولو كانا في يد مدّعي الدرهم قدّم قوله بيمينه. والظاهر أنّ الحكم المذكور في صوره لا تكون لأحدهما بيّنة أو تكون لهما بيّنة في غير رجحان. ←

. . . .

← واستشكل الحكم المذكور في الدروس إذا ادّعى الثاني النصف مشاعاً فإنّه يقوّي القسمة نصفين، قال: ويحلف الثاني للأوّل وكذا في كلّ مشاع وكان نظره على أنّ النصف في الحقيقة بيد الأوّل والنصف بيد الثاني، فمدّعي التمام خارج بالنسبة إلى الثاني فتكون البيّنة على الأوّل واليمين على الثاني، لكنّ العدول عن الرواية المعتبرة مشكل. وقال في التذكرة: إنّه لابدّ من اليمين فيحلف كلّ منهما على استحقاق نصف الآخر الّذي تصادقت دعواهما منه وهو ما في يده، فمن نكل منهما قضى به للآخر، ولو نكلا معاً أو حلفا معاً قسّم بينهما نصفين. واستحسنه في المسالك ويشكل في المشاع، انتهى، الكفاية: ج ١ ص ٦١١.

أقول: الّذي يظهر من هذه العبارة أنّ البحث في المقام يتحقّق في موارد:

الأوّل: ما إذا ادّعى الآخر درهماً منهما بالتعيين ولم يكونا تحت يده بل كان تحت يد الأوّل أو كانا تحت يد الثاني ففي مثل ذلك يكون الحكم أنهما في فرض الأوّل للأوّل بيمينه وفي فرض الثاني يكون الآخر للثاني بيمينه أيضاً.

الثاني: ما إذا ادّعى الآخر درهماً بالتعيين ولم يكونا تحت يد أيّ واحدٍ منهما اصلاً ففي قبل ذلك لو كانت لأحدهما بيّنة فالحكم أنّه لصاحب البيّنة واما ان كانت لكلّ واحدة منهما بيّنة لتعارضا وتساقطا فيرجع إمّا إلى الأصول أو القرعة فانها لكل أمرٍ مشكل، ولو لم تكن لهما أو لأحدهما بيّنة فالحكم أنهما لمن في يده بيمينه.

الثالث: ما إذا كانا تحت يدهما ففي مثل ذلك حكم المشهور بأنّ الدرهم المتنازع فيه يقسّم نصفين كما صرّح به في الكفاية وقد حملوا عليه رواية عبدالله بن المغيرة عن غير واحدٍ من أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما: الدرهمان لي، وقال الآخر: هما بيني وبينك، فقال عليه السلام: أمّا أحد الدرهمين فليس له شيء منه وأنّه لصاحبه ويقسّم الدرهم الثاني بينهما نصفين. (التهذيب: ج ٦ ص ٢٠٨) وكذلك مرسلة محمّد بن أبي حمزة.

الرابع: ما إذا ادّعى الآخر الدرهم مشاعاً ـ أي أنّ له نصف الدرهم من أحدهما ونصفه الآخر من الآخر ـ وهذا اما يفرض كونه تحت يده أو تحت يدهما معاً بأن يكون أحد الدرهمين بيد الأوّل والثاني بيد الثاني أو لم يكن تحت يد أيّ واحدٍ منهما، ففي فرض الأوّل يكون الحكم أنه للثاني بتمامه، وفي الثالث لو لم تكن لأيّ واحدٍ منهما بيّنة يتحالفان ويرجع إلى القرعة، وفي الثاني يجيء إشكال الدروس من أنّ نصف الدرهم بيد الأوّل ونصفه الآخر بيد الثاني، والنصف الّذي بيد الأوّل خارج عن يد الثاني والنصف الّذي بيد الثاني خارج عن يد الأوّل، فمدّعي التمام خارج تكون عليه البيّنة، وإن لم تكن له البيّنة فهو للآخر مع يمينه، فموضوع حكم فروض الستة الأخيرة الحاكمة باليمين أيضاً لابدّ أن يكون هذا الفرض ـ أي ←

والأصل في ذلك الرواية المشهورة كما في «الدروس[١] والتنقيح[٢]» وهي مرسلة محمّد بن أبي حمزة عن الصادق عليه السلام في رجلين كان بينهما درهمان فقال أحدهما ... الدرهمان لي، وقال الآخر: بيني وبينك، فقال عليه السلام: قد أقرّ أنّ أحد الدرهمين ليس له فيه شيء وأنّه لصاحبه، وأمّا الآخر فبينهما[٣]. ومثله مرسلة عبدالله ابن المغيرة[٤] عن غير واحد. وهذا يدلّ على استفاضته عندهم، وفيها التصريح بأنّه يقسّم الدرهم الثاني بينهما نصفين. ولا يضرّ الإرسال، لأنّه مجمع عليه كما في «مجمع البرهان[٥]» وهو كذلك، سلّمنا لكنّ في جبر الشهرة أكمل بلاغ، على أنّه عند جماعة أنّ تقدّم صاحب الإجماع كافٍ في الصحّة، وهو غير صحيح. وهما مقيّدان بالقيود المتقدّمة كما تقدّم.

وفي «الدروس» أنّه يشكل ذلك إذا ادّعى الثاني النصف مشاعاً فإنّه يقوّي القسمة نصفين ويحلف الثاني للأوّل، وكذا كلّ مشاع[٦]، انتهى. وقوّاه صاحب «التنقيح[٧]». وقال في «إيضاح النافع»: لا أرى له وجهاً حسناً. وتأمّل

ــــــــــــــــ

← ما كان الدرهمان تحت يدهما معاً ـ ومع ذلك تفرض المسألة على نحو الإشاعة، فراجع وتأمّل جيّداً. ثمّ إنّ الظاهر أنّ المراد بمرسلة محمّد بن أبي حمزة هو مارواه في التهذيب بإسناده عن محمّد بن أحمد بن يحيى عن أبي إسحاق عن ابن أبي عمير عن محمّد بن أبي حمزة عمّن ذكره عن أبي عبدالله عليه السلام في رجلين كان بينهما درهمان، فقال أحدهما: الدرهمان لي، وقال الآخرهما بيني وبينك، فقال أبو عبدالله عليه السلام قد أقرّ أنّ أحد الدرهمين ليس له فيه شيء وأنه لصاحبه وأمّا الآخر فبينهما. (التهذيب: ج ٦ ص ٢٩٢) وهذا هو الّذي رواه في الفقيه عن عبدالله بن المغيرة عن غير واحد من اصحابنا (الفقيه: ج ٣ ص ٣٤). وممّا تقدم يظهر أنّ مورد اليمين لابدّ أن يكون في الفرض الثالث من مورد الرابع لا مطلقاً وستجيء الاشارة إلى بعض ما ذكرناه في عبارة الشارح.

(١ و٦) الدروس الشرعية: في الصلح ج ٣ ص ٣٣٣.

(٢) التنقيح الرائع: في الصلح ج ٢ ص ٢٠٣.

(٣ و٤) وسائل الشيعة: ب ٩ في أحكام الصلح ح ١ ج ١٣ ص ١٧٠ و١٦٩.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٤٣.

(٧) التنقيح الرائع: في الصلح ج ٢ ص ٢٠٣.

فيه في قضاء «الروضة[١]» في آخر كلامه.

وفي قضاء «الكتاب[٢] والتحرير[٣] والدروس[٤] واللمعة[٥]» أنّه لو كانت في أيديهما عين فادّعاها أحدهما وادّعى الآخر منها نصفها ولا بيّنة فهي بينهما بالسويّة، ولكن على مدّعي النصف اليمين لصاحبه، ولا يمين على صاحبه. وصرّحوا في آخر كلامهم أنّ ذلك إذا كان النصف مشاعاً.

وقد انتهض في «الروضة» للفرق بين المشاع وغيره بأنّ كلّ جزءٍ من العين على تقدير الإشاعة يدّعي كلّ منهما تعلّق حقّه به ولا ترجيح[٦]، فكانت نسبته إلى الجميع على السواء.

وفيه: أنّ كلّ جزءٍ فرض يكون نصفه بالإشاعة متعلّقاً بمدّعي الكلّ بلا كلام، والنزاع في نصفه الآخر أي نصف فرض، فليس نسبتهما إلى الكلّ على السواء حتّى يقسّم الكلّ بل إلى النصف، فلا وجه لاختصاص أحدهما بالحلف، لأنّ الفرض إشاعة التصرّف، فالنظر يقتضي في هذا التقدير أيضاً التحالف وقسمة النصف كما في ما نحن فيه ـ أعني صورة التعيين ـ. وكلامهم في ردّ قول أبي عليّ يؤيّد ذلك كما أوضحنا ذلك في قضاء الكتاب[٧]، فليرجع إليه من أراده.

ثمّ إنّ ما ذكر في توجيه الحلف إن تمّ فإنّما يصحّح القسمة لا الحلف من الثاني خاصّة. وتوجيهه أنّ يدهما على العين سواء، فبيد كلٍّ منهما نصفه مشاعاً، والثاني

(١ و٦) الروضة البهية: في القضاء ج ٣ ص ١١٠.

(٢) قواعد الأحكام: في القضاء ج ٣ ص ٤٧١.

(٣) تحرير الأحكام: في القضاء ج ٥ ص ١٨٣.

(٤) الدروس الشرعية: في الدعوى ج ٢ ص ١٠٠.

(٥) اللمعة الدمشقية: في القضاء ص ٩٨.

(٧) سيأتي في ج ١٠ ص ٢٤٠ ـ ٢٤١ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السابع والعشرين.

أقرّ بنصف المشاع من الجميع، فخرج نصف الجميع بذلك عن الإشاعة، والمفروض أنّ يد الأوّل على النصف كذلك بدون منازع والنصف الآخر في يد الثاني يدّعيه الأوّل وينكره الثاني، فاليمين عليه، وهو يقتضي القسمة إنصافاً بعد حلف الثاني للأوّل كما في كلّ موضعٍ وجد الداخل والخارج، ففارقت الاُولى، لأنّ الثاني في الاُولى بدعواه الواحد المفروز اعترف للثاني بالآخر من دون نزاع، وبقي في يديهما درهم واحد ولا ترجيح لأحدهما فيه، فيقسّم نصفين.

وفيه: أنّ الإشاعة لا تقتضي انصراف النصف المقرّ به إلى النصف الّذي في يد الأوّل لعدم التعيين في الشيوع بل اللازم منه عدمه، فقولك «إنّ الثاني في النصف المتنازع فيه داخل والأوّل خارج» ممنوع، بل كلّ منهما فيه داخل وخارج، ويد الثاني كيد الأوّل على المتنازع فيه وغيره سواء. فمحلّ القسمة النصف بعد التحالف كالاُولى، وكأنّ كلام شيخنا صاحب «الرياض» غير محرّر.

والحاصل: أنّ إطلاق الأصحاب في المقام والأخبار يشمل صورتي دعوى الثاني للدرهم على الإشاعة أو على التعيين، والمصرّح بالفرق في باب القضاء هو مَن عرفته، وهو المصنّف والشهيد لتوجيه لم يتّضح وجهه، فلا ينبغي العدول عن ذلك إلى هذا.

ثمّ إنّ ذلك كلّه إذا كان الدرهمان بيدهما معاً كما عرفت[1] دون ما إذا كان بيد أحدهما أو ثالث، لخروجهما عن النصّ وفتوى الجماعة، ويرجع فيهما إلى القاعدة كما بيّن في محلّه. وذكر هذه وما بعدها في باب الصلح إمّا لأنّ ذلك لازم من غير يمين كما قاله بعضهم[2]، وإمّا لمناسبةٍ له، حيث إنّ الصلح لا يكون إلّا كذلك لأنّه

(١) تقدّم في ص ١٣٩ ـ ١٤٠.

(٢) الظاهر ان المراد بهذا البعض الشهيد في الدروس ج ٣ ص ٣٣٣ فراجع.

وكذا لو استودع من اثنين ثلاثة ثمّ تلف واحد من غير تفريط واشتبه، بخلاف ممتزج الأجزاء.

العدل، فيرغّبان في الصلح حذراً من الأيمان.

[فيما لو اودعه أحدٌ دينارين وآخر ديناراً فتلف أحدها]

قوله: ﴿وكذا لو استودع من اثنين ثلاثة ثمّ تلف واحد من غير تفريط واشتبه، بخلاف ممتزج الأجزاء﴾ أي وكذا الحكم لو استودع إنسان من رجل دينارين مثلاً ومن آخر ديناراً ثمّ امتزجا، إمّا بغير تفريط منه أو بإذن المالكين، ثمّ تلف واحد بغير تفريط، فإنّا ندفع إلى صاحب الدينارين ديناراً، لأنّ الآخر معترف له به، والدينار الآخر يقسّم بينهما نصفين.

وهذا هو المشهور كما في «الدروس[1] والتنقيح[2] وإيضاح النافع والمسالك[3] والروضة[4] والكفاية[5] والرياض[6]». وفي «جامع المقاصد» نسبته إلى الأكثر تارةً، وإلى الأصحاب أُخرى[7]. وقد نسب إلى الأصحاب في «الدروس[8] والمسالك[9] والروضة[10]».

ولم أجد فيه خلافاً إلّا من المصنّف في «التحرير» فإنّه قال: الأولى عندي قسمة التالف على رأس المالين، فيعطي صاحب الدينارين ديناراً وثلثاً وصاحب

(١ و٨) الدروس الشرعية: في الصلح ج ٣ ص ٣٣٣.
(٢) التنقيح الرائع: في الصلح ج ٢ ص ٢٠٣.
(٣ و٩) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٦٦ ـ ٢٦٧.
(٤ و١٠) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٨٣.
(٥) كفاية الأحكام: في الصلح ج ١ ص ٦١١.
(٦) رياض المسائل: في الصلح ج ٩ ص ٤٧.
(٧) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٣٧.

الدينار ثلثا دينار[1]. وقد مال الشهيدان[2] والمحقّق الثاني[3] إلى القرعة، لأنّها مقتضى القواعد، لكنّهم لم يجسروا على المخالفة.

ودليل المشهور خبر السكوني عن الصادق عليه‌السلام عن آبائه عليهم‌السلام في رجل استودع رجلاً دينارين واستودعه آخر ديناراً، فضاع دينار منهما. فقال: يعطى صاحب الدينارين ديناراً ويقتسمان الدينار الباقي بينهما نصفين[4]. والشهرة المعلومة والمستفيض نقلها تجبر ما هنالك من ضعف.

وقد قال الشهيد الثاني[5] وصاحب «الرياض[6]»: يشكل هنا مع ضعف السند أنّ التالف غير محتمل كونه لهما، بل من أحدهما خاصّة، لامتناع الإشاعة هنا، فكيف يقسّم الدرهم بينهما مع أنّه مختصّ بأحدهما قطعاً. وقالا: إنّ القول في اليمين كما مرّ من عدم تعرّض الأصحاب له. وقال في «الدروس»: إنّ الأصحاب لم يذكروا يميناً هنا وفي الّتي قبلها، وذكروها في باب الصلح، فجاز أن يكون الصلح قهريّاً وجاز أن يكون ذلك اختياريّاً، فإن امتنعا فاليمين[7]. وفي «جامع المقاصد» أنّ ظاهر الرواية وكلام الأصحاب أنّ ذلك قهري وأنّه بغير يمين، بل ربّـما امتنعت اليمين إذا صرّح كلّ واحدٍ بعدم العلم بعين حقّه[8].

قلت: لعلّ ما ذكره الأصحاب إنّما هو عند التخاصم والتداعي كما في المسألة الأُولى، فالحكم فيهما حينئذٍ سواء، فيجيء أنّه لابدّ من اليمين وتصحّ قسمة الدرهم

---

(١) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١٧.

(٢) الدروس الشرعية: في الصلح ج ٣ ص ٣٣٤، مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٦٦.

(٣ و٨) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٣٧.

(٤) وسائل الشيعة: ب ١٢ من أحكام الصلح ح ١ ج ١٣ ص ١٧١.

(٥) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٦٦ ـ ٢٦٧.

(٦) رياض المسائل: في الصلح ج ٩ ص ٤٧.

(٧) الدروس الشرعية: في الصلح ج ٣ ص ٣٣٣.

بينهما، لأنّهما اتّفقا على أنّ أحدهما بعينه لصاحب الاثنين واختلفا في الباقي المعيّن، إذ كلّ منهما يدّعيه أنّه درهمه فيقسّم بينهما. وأمّا إذا طلبا حكم الله سبحانه وتعالى عند الاشتباه عليهما وتصريح كلّ واحدٍ بعدم العلم بعين حقّه فالحكم القرعة، وعلى هذا فلا إشكال وليس للتأمّل مجال، على أنّا نقول: قد اتّفقت كلمتهم [١] في باب الشركة على الحكم بالإشاعة شرعاً فيما إذا مزجا الدراهم أو الثياب أو الصوف أو الشعر ونحو ذلك ممّا هو قيمي وإن كان غير مشاع واقعاً. ولذلك عرّفوها بأنّها اجتماع أموال الملّاك على سبيل الإشاعة، مع أنّ أظهر أفرادها مزج الدراهم والاشتراك بها.

واحترز بقوله من غير تفريط عمّا لو فرّط في الحفظ أو المزج، فإنّ الودعي يضمن التالف، كما صرّح به جماعة كالمصنّف في «التذكرة [٢]» والمقداد [٣] والمحقّق الثاني [٤] والشهيد الثاني [٥] وغيرهم [٦] فيضمّ إليهما ويقتسمان من غير نقص. وقد يقع مع ذلك التعاسر على العين فتتّجه القرعة، لأنّه يكون على تقدير الضمان لكلّ واحدٍ منهما نصف الدرهم الواحد، فيكون النزاع والتعاسر في الأخذ من الضامن وأخذ الباقي.

وأمّا ممتزج الأجزاء كالدهن والحنطة والشعير، فإذا كان لأحدهما قفيزان مثلاً وللآخر قفيز، وتلف قفيز بعد امتزاجهما بغير تفريط فالتالف على نسبة المالين، وكذا الباقي، فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلث وللآخر ثلثا قفيز كما صرّح به

---

(١) منهم فخرالمحقّقين في إيضاح الفوائد: في الشركة ج ٢ ص ٢٩٨، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الشركة ج٨ ص٧، والشهيد الثاني: في مسالك الأفهام: في الشركة ج ٤ ص ٣٠١.

(٢) تذكرة الفقهاء: في لواحق الصلح ج ٢ ص ١٩٥ س ٣٧.

(٣) التنقيح الرائع: في الصلح ج ٢ ص ٢٠٤.

(٤) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٣٦.

(٥) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٦٦.

(٦) كالطباطبائي في رياض المسائل: في الصلح ج ٩ ص ٤٨.

ويباع الثوبان مع الاشتباه معاً إن لم يمكن الانفراد، ويقسّط الثمن على القيمتين مع التعاسر، فإن بيعا منفردَين، فإن تساويا في الثمن فلكلٍّ مثل صاحبه، وإن تفاوتا فالأقلّ لصاحبه.

في «التذكرة[١] والدروس[٢] والتنقيح[٣]» معاً بخلاف الدرهم، لأنّه مختصّ بأحدهما، ويحتمل أن يكون الحكم فيه ما تقدّم[٤].

[في ما لو اشتبه الثوبان من اثنين]

قوله: ﴿ويباع الثوبان مع الاشتباه معاً إن لم يمكن الانفراد، ويقسّط الثمن على القيمتين مع التعاسر، فإن بيعا منفردَين، فإن تساويا في الثمن فلكلٍّ مثل صاحبه، وإن تفاوتا فالأقلّ لصاحبه﴾ ونحوه ما ذكره في «التذكرة[٥]» غير أنّه لم يقيّد فيها بيعهما معاً بعدم إمكان الانفراد. ويظهر ممّا في الكتاب أنّه متى أمكن بيعهما منفردين امتنع الاجتماع.

وحاصله: أنّهما إن بيعا مجتمعَين حيث لا يمكن الانفراد بأن يباع كلّ واحدٍ وحده لعدم الراغب وتعاسرا بمعنى لم يخيّر أحدهما صاحبه، صارا كالمال المشترك شركة إجبارية كما لو امتزج الطعامان، فيقسّم الثمن على رأس المال. وعليه تنزّل الرواية. وإن أمكن بيعهما منفردَين وجب، فإن تساويا فلكلّ واحدٍ ثمن ثوب، وإن اختلفا فالأكثر لصاحب الأكثر والأقلّ لصاحبه بناءً على الغالب من عدم الغبن،

(١ و٥) تذكرة الفقهاء: في لواحق الصلح ج ٢ ص ١٩٥ س ٤٢ والسطر الأخير.
(٢) الدروس الشرعية: في الصلح ج ٣ ص ٣٣٣ ـ ٣٣٤.
(٣) التنقيح الرائع: في الصلح ج ٢ ص ٢٠٤.
(٤) ولعل مراده ما حكم من القرعة في ص ١٤٣.

وإن أمكن خلافه إلّا أنّه نادر لا أثر له شرعاً. ويلزم على ما ذكره في «التذكرة» ما ذكره من ترجيح أحد الأمرَين من بيعهما معاً أو منفردَين، إذ الحكم مختلف، فتتّحد العبارتان.

قال في «الدروس»: لكنّ الرواية مطلقة في البيع. ويؤيّدها أنّ الاشتباه مظنّة تساوي القيمتين، فاحتمال تملّك كلٍّ منهما لكلٍّ منهما قائم فكانا بمثابة الشريكين [١].

وقال في «جامع المقاصد»: فعلى هذا يكون مورد الرواية ما إذا تساوت القيمتان، فيبقى ما إذا تفاوتا خالياً عن النصّ، فيجب العمل فيه بما ذكره المصنّف، إذ لا رادّ له، وقول ابن إدريس بالقرعة وإن كان له وجه إلّا أنّ مخالفة النصّ وكلام الأصحاب مشكل [٢].

قلت: الرواية هي ما رواه المشايخ الثلاثة [٣] عن إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام أنّه قال في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب وآخر عشرين درهماً في ثوب، فيبعث الثوبين، فلم يعرف هذا ثوبه وهذا ثوبه، قال: يباع الثوبان ويعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن والآخر خمسي الثمن. قال: قلت: فإنّ صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين: اختر أيّهما شئت؟ قال: قد أنصفه.

ويمكن عدّها في الحسان إذا لوحظ السند بناءً على الظنون الاجتهادية، ويمكن عدّها في الصحاح إذا لوحظ طريق الشيخ في «الفهرست [٤]» إلى الحسين بن أبي العلا، لأنّ الشيخ رواه معلّقاً عن الحسين بن أبي العلا، وقد عمل بها الشيخ في

(١) الدروس الشرعية: في الصلح ج ٣ ص ٣٣٢.

(٢) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٣٨.

(٣) الكليني في الكافي: في باب النوادر ج ٧ ص ٤٢١ ح ٢، والشيخ الطوسي في تهذيب الأحكام: ب ٨٣ في الصلح بين الناس ج ٦ ص ٢٠٨ ح ٤٨٢، والشيخ الصدوق في من لا يحضره الفقيه: في باب الصلح ج ٣ ص ٣٦ ح ٣٢٨٠.

(٤) الفهرست للشيخ الطوسي: ص ٥٤ رقم ١٩٤.

«النهاية[١]» والقاضي فيما حكي[٢] عنه والمحقّق[٣] في «كتابيه» والمصنّف في «التحرير[٤] والإرشاد[٥] والتبصرة[٦] والمختلف[٧]». وفي «الدروس» أنّ عليها المعظم[٨]. وفي «المسالك[٩] ومجمع البرهان[١٠]» عمل بها المشهور. وفي «إيضاح النافع وجامع المقاصد[١١]» نسبته إلى أكثر الأصحاب. وفي «التنقيح» إلى الشيخ وأتباعه[١٢]. وقد نسب العمل بها إلى الأصحاب في مطاوي «جامع المقاصد[١٣]» مرّتين. وفي مضاربة «جامع المقاصد» أنّه محلّ وفاق[١٤]، لأنّ الظاهر أنّهما اشتريا بما يساويان وبيعا

(١) النهاية: في الصلح ص ٣١٤.
(٢) الحاكي عنه هو العلّامة في مختلف الشيعة: في الصلح ج ٦ ص ٢١٥.
(٣) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢١، والمختصر النافع: في الصلح ص ١٤٤.
(٤) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١٦.
(٥) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٤.
(٦) تبصره المتعلّمين: في الصلح ص ١١٨.
(٧) مختلف الشيعة: في الصلح ج ٦ ص ٢١٥.
(٨) الدروس الشرعية: في الصلح ج ٣ ص ٣٣٢.
(٩) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٦٧.
(١٠) انظر مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٤٥.
(١١ و١٣) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٣٧ و٤٣٨.
(١٢) التنقيح الرائع: في الصلح ج ٢ ص ٢٠٥.
(١٤) ليس في مضاربة جامع المقاصد ما يدلّ على أنّ قبول خبر إسحاق بن عمّار محلّ وفاق صريحاً وإنّما الّذي جاء هناك في مسألة تملّك العامل الحصّة بالشرط أو الاُجرة وأنّه لو خسر وربح جبرت الوضيعة من الربح، قوله: روى إسحاق بن عمّار عن الكاظم عليه السلام أنه سأله عن مال المضاربة، قال: الربح بينهما والوضيعة على المال، وهو دالّ على المدّعى لأنّ المال يتناول الأصل مع الربح ويقتضي ثبوت هذا الحكم مادام مال مضاربة، فيستمرّ مادامت المعاملة باقية، وقد أجمع أهل الإسلام على ذلك. قال في التذكرة: لا نعلم في ذلك خلافاً، انتهى ما في جامع المقاصد: ج ٨ ص ١٢٨. وأنت خبير بأنّ ظاهر قوله «وقد أجمع ...» أنّ أصل الحكم المذكور ممّا أجمع عليه وليس هذا يدلّ على إجماعهم على العمل بخبر إسحاق. نعم هو يدلّ على أنهم اجمعوا على العمل به في هذا المورد كما في موارد اُخرى، إلّا أنّ العمل بـه هنا يمكن أن يكون لقرينة أو لقرائن. وكيفكان، فلا شكّ عندنا في العمل بخبره في ←

كذلك، لأنّ الظاهر عدم التغابن.

قيل[١]: ويكون الصلح قهريّاً، ولا يتعدّى إلى غير موردها من الثياب المتعدّدة والأثمان والأمتعة، ويحتمل التعدية لتساوي الطريق كما ذكرهما جماعة[٢]. واستقرب الشهيد[٣] وغيره[٤] القرعة في غير مورد النصّ لعموم أدلّتها وسلامتها ممّا يصلح للمعارضة.

وعلى ما ذكرناه في توجيه كلام القوم لا يتّجه ما نبّه عليه الشهيد[٥]. وذكره المحقّق الثاني من أنّ مورد الرواية ما تساوت فيه القيمتان ... إلى آخر ما حكيناه عن «جامع المقاصد[٦]» لأنّه إذا كان موردها كذلك عند الابتياع والبيع الثاني كيف يصحّ القسمة أخماساً؟ بل يجب أن تكون بالسويّة.

وقوله في «جامع المقاصد» يبقى ما إذا تفاوتا خالياً عن النصّ فيجب العمل فيه بما ذكره المصنّف، إذ لا رادّ له[٧]. فيه: أنّه لا وجه لوجوب البيع مجتمعين إذا تفاوتا ولم يمكن الانفراد من دون رضاهما، خصوصاً مع تعلّق غرضهما بالانتفاع بهما للكسوة أو القنية، والمفروض أنّه لا نصّ حتّى نعمل به تعبّداً كما عمل به المشهور، كما أنّه لا وجه لبيعهما منفردَين إذا أمكن تساويا أو تفاوتا، إذ عند التساوي يعطى لكلٍّ ثوباً، فإن تعاسرا أُقرع، وعند التفاوت فالّذي يقتضيه عقد

← الكتب الأربعة بل الستة على ما بيّنّاه وأوضحناه في مقدمة كتابنا «أحكام المحبوسين في الفقه الجعفري» فراجع.

(١) القائل هو الطباطبائي في رياض المسائل: في الصلح ج ٩ ص ٥٠.

(٢) منهم الشهيد الأوّل في الدروس الشرعية: في الصلح ج ٣ ص ٣٣٣، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٦٨، والطباطبائي في رياض المسائل: في الصلح ج ٩ ص ٥٠.

(٣ و ٥) الدروس الشرعية: في الصلح ج ٣ ص ٣٣٣.

(٤) كالشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٦٨.

(٦) تقدّم في ص ١٤٥.

(٧) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٣٨.

المعاش غالباً أنّ الأجود يكون لصاحب الثلاثين والآخر لصاحب العشرين.

والحاصل: أنّ إجبارهما على البيع مجتمعَين أو بيعهما منفردَين إذا خرجنا عن الخبر فيه أعظم ضرر منفيّ بالخبر، ولا يرد ذلك على الخبر، لمكان اعتباره وعمل الأكثر به، فنخرج به عن القواعد ونقتصر به على مورده.

ولا تصغ إلى ما في «التنقيح[1] وإيضاح النافع» من الإشكالات الّتي أُوردت على الخبر حتّى اختارا حمله على امتزاج المال قبل الشراء أو على الاستحباب، ولا لقوله في «السرائر» بناءً على أصله إن استعملت القرعة في ذلك كان أولى[2]، لأنّها حجّة ودليل عند عدم النصّ، وقد وجد قويّاً أو حسناً مشهوراً روايةً وفتوى.

وقد وقع في «المختلف» في ردّ كلام ابن إدريس أنّهما إذا كانا شريكين كان لكلٍّ منهما بنسبة رأس المال كما في الطعامين لو امتزجا[3]. وهذا مسلّم إذا كانت الشركة في الثمن، أمّا إذا كانت في السلعة فممنوع، وإلّا لزم أنّه لو اشترى رجل كرّاً من طعام بمائة وآخر كرّاً بمائتين مع تساويهما في الصفة ثمّ امتزجا باختيارٍ أو بدونه أن يقسّم الثمن أثلاثاً على نسبة المالين. وفي «التنقيح» أنّ ذلك قول باطل لم يقل به قائل[4].

ووقع في «الرياض» في ردّ كلام المصنّف أنّه اجتهاد في مقابلة النصّ المعتبر مع تطرّق الإشكال إليه بعدم دليل على اعتبار الغلبة الّتي غايتها إيراث المظنّة خاصّة في نحو المسألة الّتي هي من قبيل الموضوعات دون الأحكام الشرعية، فلا يكتفى فيها بالمظنّة إلّا إذا قامت عليها الأدلّة[5].

وفيه: أنّه يقول: إنّي عامل بالنصّ في صورة مورده وهو بيعهما مجتمعَين،

(١ و ٤) التنقيح الرائع: في الصلح ج ٢ ص ٢٠٥ ـ ٢٠٦.

(٢) السرائر: في الصلح ج ٢ ص ٦٩.

(٣) مختلف الشيعة: في الصلح ج ٦ ص ٢١٦.

(٥) رياض المسائل: في الصلح ج ٩ ص ٤٩.

ولو كان عوض الصلح سقي الأرض أو الشجر بمائة فالأقرب الجواز مع الضبط كما في بيع الماء،

ولا يصحّ تنزيله على خلاف ذلك لعدم الفائدة فيه، وعلى ما تقدّم عن الشهيد والكركي يقول: إنّي عامل به في صورة ما يظهر أو يلوح منه وهو التساوي، فليس هناك اجتهاد في مقابلته، والموضوعات في غير ألفاظ العبادات يكتفى بها بالمظنّة مطلقاً كما حرّر في محلّه.

[في ما لو جعل العوض في الصلح السقي او الجرى]

قوله: ﴿ولو كان عوض الصلح سقي الأرض أو الشجر بمائة فالأقرب الجواز مع الضبط، كما في بيع الماء﴾ كما في «التذكرة[1] والإيضاح[2] والدروس[3] واللمعة[4] وجامع المقاصد[5] والمسالك[6] والروضة[7] والكفاية[8]» وجعله في «الشرائع» وجهاً مأخذه جواز بيع ماء الشرب[9]. ولم يقيّده في «اللمعة[10]» بالضبط لكنّه مراد له والمراد ضبطه بمدّة معلومة.

ولو تعلّق بسقي شيء مضبوط دائماً أو بالسقي بالماء أجمع دائماً، وإن جهل السقي لم تبعد الصحّة، لأنّ جهالة مثل ذلك يتسامح فيها في الباب.

ويصحّ أيضاً جعله ـ أي السقي ـ مورداً للصلح وعوضه أمر آخر من عين أو

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٨ س ٣٢.

(٢) إيضاح الفوائد: في الصلح ج ٢ ص ١٠٩.
(٣) الدروس الشرعية: في الصلح ج ٣ ص ٣٣٤.

(٤ و ١٠) اللمعة الدمشقية: في الصلح ص ١٤٩.
(٥) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٣٨.

(٦) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٧٣.

(٧) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٨٥.
(٨) كفاية الأحكام: في الصلح ج ١ ص ٦١٣.

(٩) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٢.

وكذا لو صالحه على إجراء الماء إلى سطحه أو ساحته صحّ بعد العلم بالموضع الّذي يجري الماء منه.

منفعة عكس ما في الكتاب. وكذا لو كان أحد السقيين عوضاً والآخر مورداً.

والمخالف الشيخ في «المبسوط» قال: إذا أقرّ له بحقّ ادّعاه عليه ثمّ صالحه منه على أن يسقي أرضه من نهر المقرّ أو قناته في وقت معيّن لم يجز ذلك، لأنّ المعقود عليه الماء، وهو غير معلوم المقدار، مع أنّه قد جوّز بعد ذلك بلا فاصلة بيع جزء مشاع منه وجعله عوضاً للصلح، وجوّز أيضاً بيع ماء العين والبئر[1]. ومَن احتمل تخصيص منعه هنا بغير المضبوط كما في «الروضة[2]» فلعلّه لم يلحظ قوله «في وقت معيّن» وهذه المسألة ليست من مسائل التنازع.

ويبقى الكلام في المشبّه به فإنّ الماء الجاري من نهر أو عين يجوز بيعه على الدوام، وإلّا فالأشهر منعه لجهالته، ولأنّه يزيد شيئاً فشيئاً، وإن كان راكداً جاز بيعه جزافاً وكيلاً ووزناً، فالتشبيه ببيع الماء لا يجدي فيما نحن فيه، فتأمّل. ولعلّه لذلك ترك في «اللمعة» وغيرها.

قوله: ﴿وكذا لو صالحه على إجراء الماء إلى سطحه أو ساحته صحّ بعد العلم بالموضع الّذي يجري الماء منه﴾ كما في «المبسوط[3] والشرائع[4] والتذكرة[5] والدروس[6] واللمعة[7] والروضة[8] والمسالك[9]

(١ و٣) المبسوط: في أحكام الصلح ج ٢ ص ٣١٠ ـ ٣١١.

(٢ و٨) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٨٥ و١٨٦.

(٤) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٢. (٥) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٨ س ١٧.

(٦) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٨.

(٧) اللمعة الدمشقية: في الصلح ص ١٤٩.

(٩) مسالك الأفهام: في شروط الصلح ج ٤ ص ٢٧٣ ـ ٢٧٤.

ويصحّ جعل الخدمة المضبوطة بالعمل أو الزمان عوضاً، فإن أعتقه صحّ. وفي رجوع العبد إشكال، ينشأ: من أنّ إعتاقه لم يصادف للملك سوى الرقبة، فلا يؤثّر إلّا فيه، كما لو أوصى لرجلٍ برقبته ولآخر بخدمته فأعتق الأوّل. ومن اقتضاء العتق زوال الملك عن الرقبة والمنفعة، وقد حال بين العبد والمنفعة حيث لم تحصل المنفعة للعبد.

والكفاية[١]» ولا فرق بين جعله له عوضاً وورداً.

ويحصل العلم بالموضع الّذي يجري الماء منه بتقدير مجراه طولاً وعرضاً لترتفع الجهالة عن المحلّ المصالح عليه، ولا يعتبر تعيين العمق، لأنّ مَن ملك شيئاً ملك قراره مطلقاً بأيّ عرض وطول اتفق. والحاصل: أنّ الصلح في هذا الفرض إنّما يقع على مرور ماء غيره في ملكه إمّا على سطحه إذا كان الماء عالياً على داره أو ساحته، فلابدّ من تقدير الممرّ من السطح والساحة طولاً وعرضاً. ولا يحتاج إلى تقدير السمك، لعدم التفاوت فيه إلّا بكثرة الماء وقلّته. ولعلّه لهذا أطلق المصنّف وغيره[٢] حكم الماء من دون أن يشترطوا مشاهدته، ولكن ينبغي مشاهدة الماء أو وصفه لاختلاف الحال بقلّته وكثرته. ولو كان ماء مطر اختلف أيضاً بكبر ما يقع عليه وصغره، فمعرفته تحصل بمعرفة محلّه كما تقدّم[٣] بيان ذلك كلّه.

ولو سقط السطح بعد الصلح أو احتاجت الساقية إلى إصلاح فعلى مالكهما، لتوقّف الحقّ عليهما، وليس على المصالح مساعدته.

[في ما لو جعل العوض في الصلح الخدمة المضبوطة]

قوله: ﴿ويصحّ جعل الخدمة المضبوطة بالعمل أو الزمان عوضاً،

---

(١) كفاية الأحكام: في الصلح ج ١ ص ٦١٣.
(٢) كالروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٨٦.
(٣) تقدّم في ص ١٢٤ ـ ١٢٥.

والراكب أولى من قابض اللجام على رأي،

فإن أعتقه صحّ، وفي رجوع العبد إشكال، ينشأ: من أنّ إعتاقه لم يصادف للملك سوى الرقبة، فلا يؤثّر إلّا فيه، كما لو أوصى لرجلٍ برقبته ولآخر بخدمته فأعتق الأوّل. ومن اقتضاء العتق زوال الملك عن الرقبة والمنفعة وقد حال بين العبد والمنفعة حيث لم تحصل المنفعة للعبد﴾ قد جزم في «التذكرة[1] والتحرير[2]» بعدم رجوع العبد على السيّد. وفي «جامع المقاصد» أنّه الأصحّ، لأنّ العتق لم يصادف في ملك السيّد سوى الرقبة فلا يؤثّر إلّا في ملكها فيزيله، ومنافعه لم تتلف بالعتق، لأنّه أعتقه بعد أن ملّك منفعته للغير فلم يرجع بشيء. ومثله ما لو أوصى مالك العبد لشخص برقبة العبد ولآخر بخدمته فأعتقه الموصى له بالرقبة فإنّه لا يرجع على تركة الموصي بعوض الخدمة قطعاً لمثل ما ذكر[3]. ومثل ما لو أعتق مقطوع اليدين والأمة المزوّجة بحرّ فإنّهما لا يرجعان عليه بشيء.

وقال الشافعي[4]: يرجع على سيّده مستنداً إلى ما ذكره المصنّف. وفيه: أنّ اقتضاء زوال العتق الملك عن المنفعة إنّما يكون لو كانت المنفعة مملوكة، أمّا إذا كانت مملوكة للغير فلا، إذ إعتاقه لا يقتضي زوال ما ليس بموجود.

وضبط الخدمة بالعمل كبناء بيت معيّن وبالزمان كسنةٍ مثلاً.

[في ما لو تنازع الراكب والقابض في التملّك]

قوله: ﴿والراكب أولى من قابض اللجام على رأي﴾ موافق

---

(١) تذكرة الفقهاء: في لواحق الصلح ج ٢ ص ١٩٣ س ٧.

(٢) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١١.   (٣) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٣٩.

(٤) الشرح الكبير المطبوع مع المغني: في الصلح ج ٥ ص ٧ س ١١، المغني: في الصلح ج ٥ ص ١٩ س ١٦.

«للمبسوط[١] والشرائع[٢] والتذكرة[٣] والتحرير[٤] والإرشاد[٥] والإيضاح[٦] واللمعة[٧]» وقد حكم بذلك أكثر[٨] هؤلاء والمصنّف في باب القضاء[٩] أيضاً من دون تردّد، لأنّ الراكب كما في المبسوط أقواهما يداً وأكثرهما تصرّفاً[١٠]. وفي «الخلاف[١١] والسرائر[١٢]» أنّها بينهما نصفين. وفي «المبسوط» أنّه أحوط[١٣]. وفي «جامع المقاصد» أنّه أصحّ[١٤]. وفي «المسالك[١٥]» أقوى. وفي «الروضة» قوي[١٦]. وقال في «جامع المقاصد[١٧]»: لكن لابدّ أن يحلف كلّ منهما لصاحبه، ولا ترجيح في «الدروس[١٨]».

وفي «غاية المراد» لا شكّ أنّ كلّاً منهما مدّعٍ بتفسيرات المدّعي ومنكر أيضاً بها ولكلّ يد إلّا أنّ يد الراكب تضاف إلى تصرّفه، فإن ثبت أنّ التصرّف له مدخل في الرجحان رجّح به. وأمّا الترجيح بقوّة اليد فلا أثر له، لأنّ قوّة سلطان اليد

(١ و١٠ و١٣) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٦ و٢٩٧.

(٢) شرائع الإسلام: في تتمّة الصلح ج ٢ ص ١٢٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: في لواحق الصلح ج ٢ ص ١٩٦ س ٦.

(٤) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١٥.

(٥) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٥.

(٦) إيضاح الفوائد: في الصلح ج ٢ ص ١٠٩.

(٧) اللمعة الدمشقية: في الصلح ص ١٤٩.

(٨) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في تتمّة الصلح ج ٢ ص ١٢٦، والعلّامة في تذكرة الفقهاء: في لواحق الصلح ج ٢ ص ١٩٦ س ٨، وتحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١٥، والشهيد في اللمعة الدمشقية: في الصلح ص ١٤٩.

(٩) قواعد الأحكام: في القضاء ج ٣ ص ٤٧٠.

(١١) الخلاف: في الصلح ج ٣ ص ٢٩٦ مسألة ٥.

(١٢) السرائر: في الصلح ج ٢ ص ٦٧.

(١٤ و١٧) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٤٠.

(١٥) مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في الأملاك ج ٤ ص ٢٩٧.

(١٦) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٩٢.

(١٨) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٥١ ـ ٣٥٢.

لم تؤثّر في ثوب بيد أحد المدّعيين أكثرُه [١]. وتبعه المحقّق الثاني [٢] والشهيد الثاني [٣].

قلت: قد استدلّوا في السقف لكونه للأعلى بأنّ تصرّفه فيه أغلب من تصرّف صاحب السفل، ذكر ذلك في «المسالك [٤]» وأوضح من ذلك كلامهم في الغرفة كما ستسمعه [٥] قريباً، على أنّه قد يقال [٦]: إنّ كون قبض اللجام تصرّفاً مع الركوب غير معلوم، وكثيراً ما يقبض أحد لجام دابّة ركبها صاحبها والعكس قليل. ولعلّ هذا هو الفارق بينها وبين الثوب المذكور كما يأتي، على أنّه قال في «جامع المقاصد [٧]» في السقف: إنّ الأعلى متصرّف دون الأسفل. ولا ريب أنّ صاحب الأسفل لشدّة احتياجه إلى السقف أكثر تصرّفاً من قابض اللجام فيما نحن فيه، ولا سيّما إذا انضمّ إلى ذلك بعض القرائن كالسرج المناسب للراكب ونحوه. ولا يدفعه ما قاله في «الدروس» من أنّه لا عبرة هنا بكون الراكب غير معتاد قنية الدوابّ والمتشبّث معتاداً [٨] لذلك إن سلّمناه له، وإلّا فالمانع منه مع ترجيحهم في أمثال هذه المقامات بالعرف والعادات، بل يمكن اعتبار مثل كون هذه الدابّة يعلم عادة كونها للراكب لا للقابض وبالعكس. وذلك كلّه مع عدم ظهور تقدّم تصرّف من أحدهما.

وفي «جامع المقاصد [٩] والمسالك [١٠] والروضة [١١]» أنّ اللجام لمن هو في يده والسرج لراكبه. وفيه: أنّ الحكم غير واضح، لأنّه يبعد أن تكون الدابّة لرجل

---

(١) غاية المراد: في الصلح ج ٢ ص ٢٣٥.

(٢ و٧ و٩) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٤٠ و٤٥٢.

(٣ و١١) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٩٢.

(٤ و١٠) مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في الأملاك ج ٤ ص ٢٩٢ و٢٩٧.

(٥) سيأتي في ص ١٥٨.

(٦) لعلّ المراد به ما حكاه في جامع المقاصد عن التذكرة حيث إنّه أي التذكرة بعد أن نقل عن العامّة غير المروزي أنه يحكم بها للراكب قال: لبعد تمكين صاحب الدابّة غيره من ركوبها ويمكن أخذ اللجام، انتهى (جامع المقاصد: ج ٥ ص ٤٤٠).

(٨) الدروس الشرعية: في الصلح ج ٣ ص ٣٥٢.

وذو الحمل على الدابّة أولى من غيره.

واللجام لآخر وخصوصاً إذا كان المقبوض حبلاً مشدوداً على رأس اللجام، وكذلك الحال في السرج والرحل، فتأمّل. وتمام الكلام في باب القضاء[1].

قوله: ﴿وذوالحمل على الدابّة أولى من غيره﴾ بلا خلاف كما في «المبسوط[2]» وبهذه العبارة ومثلها من دون تعرّض لكون الآخر قابضاً لزمامها ولا لكونه غير قابض صرّح[3] في الباب وباب القضاء المحقّق والمصنّف والشهيدان والكركي وغيرهم[4]. وستسمع ما في «الروضة» لأنّ وضع الحمل على الدابّة يستدعي كمال الاستيلاء فيترجّح صاحبه.

ولعلّ المراد أنّ لكلّ واحدٍ منهما مع ذلك يداً بأن كانا قابضين بزمامه ونحو ذلك ليحصل الترجيح، وبذلك قيّد في «الروضة[5]» عبارة اللمعة، أو يكون المراد أنّ لأحدهما حملاً ولا يد للآخر، وهذا يناسب نفي الخلاف عنه في «المبسوط».

---

(١) سيأتي في ج ١٠ ص ٢٣٧ ـ ٢٣٨ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السابع والعشرين.

(٢) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٧.

(٣) الّذي صرّح به المحقّق والشهيدان إنّما هو في باب الصلح، فراجع الشرائع: في أحكام النزاع في الأملاك ج ٢ ص ١٢٦، والدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٥٢ ومسالك الأفهام: في أحكام النزاع في الأملاك ج ٤ ص ٢٩٨ وأمّا في باب القضاء فلا تصريح منهم إلّا للمصنّف، وإنّما عباراتهم تشمله بالإطلاق، قال المحقّق: ولو كانت يد أحدهما عليها قضي للمتشبّث مع يمينه، انتهى. (شرائع الإسلام: في القضاء ج ٤ ص ١١٠). وقال الشهيد في اللمعة: ولو تشبّث أحدهما فاليمين عليه ولا يكفي بيّنته عنها، انتهى (اللمعة الدمشقيّة: ص ٩٨). وقد أقرّه في الروضة البهية: ج ٣ ص ١٠٨. ونحوه ما في مسالك الأفهام: في القضاء ج ١٤ ص ٧٨. وأمّا المصنّف فقد صرّح بذلك في باب القضاء ج ٣ ص ٤٧٠. وأمّا الكركي فإنّما صرّح بذلك في باب الصلح ج ٥ ص ٤٤١ ولم نعثر له على بحث القضاء من جامع المقاصد ولا على هذا الفرع في سائر كتبه، فراجع.

(٤) كفخر الإسلام في إيضاح الفوائد: في الصلح ج ٢ ص ١٠٩ وفي القضاء ج ٤ ص ٣٨٢.

(٥) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٩٣.

ويتساويان في الثوب في أيديهما وإن كان في يد أحدهما أكثره،

والمناسب من جهة المعادلة للمسألة الأُولى أن يكون المراد أنّ أحدهما قابض بزمامه وللآخر عليه حمل. وهو الظاهر من «الدروس» لأنّه يظهر منه المساواة في الحكم في باب القضاء بينه وبين راكب الدابّة مع القابض باللجام ولابس الثوب مع ماسكه. وهذا الاحتمال هو الّذي فهمه في «جامع المقاصد» من العبارة وجزم به، وقال: إنّ كلام الدروس ليس بشيء[١]. ولعلّ وجهه أنّ الركوب أسهل تعلّقاً من الحمل، وأنت خبير بأنّ هذا التفاوت اليسير إن كان لا يجدي في الترجيح فيجيء فيه الخلاف كما بيّنّاه في باب القضاء[٢].

وفي قضاء «الكتاب» أنّ الراكب أولى بالحمل من صاحب الدابّة[٣] ولم يتّضح وجهه ولم نجد فيه نصّاً لأحد من أصحابنا.

[في تنازع اثنين في الثوب الّذي في أيديهما]

قوله: ﴿ويتساويان في الثوب في أيديهما وإن كان في يد أحدهما أكثره﴾ بأن كان في يد أحدهما تسعة أعشار وفي يد الآخر عشر فإنّه يجعل بينهما نصفين بلا خلاف كما في «المبسوط[٤]» وألبتّة كما في «الدروس[٥]» وبه صرّح في «الشرائع[٦] والتذكرة[٧] والتحرير[٨] واللمعة[٩] وجامع المقاصد[١٠]

(١ و ١٠) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٤١.

(٢) سيأتي في ج ١٠ ص ٢٣٧ ـ ٢٣٨ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السابع والعشرين.

(٣) قواعد الأحكام: في القضاء ج ٣ ص ٤٧٠.

(٤) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٧.

(٥) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٥٢.

(٦) شرائع الإسلام: في تتمّة أحكام النزاع في الأملاك ج ٢ ص ١٢٦.

(٧) تذكرة الفقهاء: في لواحق الصلح ج ٢ ص ١٩٦ س ٨.

(٨) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١٦.

(٩) اللمعة الدمشقية: في الصلح ص ١٤٩.

وفي العبد وإن كان لأحدهما عليه ثياب،

والمسالك[١] والروضة[٢]» وغيرها[٣] لاشتراكهما في اليد ولا ترجيح لقوّتها والتصرّف هنا وإن اختلف كثرةً وقلّة، لكنّه من وادٍ واحد بخلاف الركوب وقبض اللجام. قيل[٤]: نعم لو كان ممسكاً والآخر لابساً فكمسألة الراكب والقابض لزيادة تصرّف اللابس على اليد المشتركة. وربّما قيل بتقديم اللابس، لأنّ الظاهر أنّه لم يتمكّن من لبسه إلّا وهو غالب مستقلّ باليد وهو قويّ جدّاً. وفي «التذكرة» أنّ كلّ ذلك مع عدم البيّنة واليمين[٥].

[فيما لو تنازعا في العبد ولأحدهما عليه ثوب]

قوله: ﴿وفي العبد وإن كان لأحدهما عليه ثياب﴾ بلا خلاف كما في «المبسوط[٦]» وبه صرح في «الشرائع[٧] والتذكرة[٨] وجامع المقاصد[٩] والمسالك[١٠]» وقضاء «الكتاب[١١] وكشف اللثام[١٢]» لأنّه قد يلبس الثياب بغير إذن وبمجرّد القول، أو عارية، ولأنّ نفع الثياب يعود إلى العبد لا إلى صاحبه بخلاف الحمل على الجمل فإنّ صاحبه المنتفع به، ولأنّ الحمل لا يجوز أن يحمله على الجمل إلّا بحقّ، ويجوز أن يجبر العبد على لبس قميص غير مالكه إذا كان عرياناً وبذله.

(١ و١٠) مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في الأملاك ج ٤ ص ٢٩٧.
(٢) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٩٢.
(٣) كمجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الصلح ج ٩ ص ٣٥٦.
(٤) القائل هو الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في الأملاك ج ٤ ص ٢٩٧.
(٥ و٨) تذكرة الفقهاء: في لواحق الصلح ج ٢ ص ١٩٦ و١٩٥ س ٩ و٢٩.
(٦) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٧.
(٧) شرائع الإسلام: في تتمّة أحكام النزاع في الأملاك ج ٢ ص ١٢٦.
(٩) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٤١. (١١) قواعد الأحكام: في القضاء ج ٣ ص ٤٧٠.
(١٢) كشف اللثام: في القضاء ج ١٠ ص ٢٠٢.

والأسفل أولى من مدّعي الغرفة بسبب فتح الباب إليه، ومع التصرّف إشكال.

[فيما لو تنازعا في غرفة]

قوله: ﴿والأسفل أولى من مدّعي الغرفة بسبب فتح الباب إليه، ومع التصرّف إشكال﴾ أطلق الحكم بأنّها للأسفل في «المبسوط[١] والشرائع[٢] والتذكرة[٣] والتحرير[٤] والإرشاد[٥] والدروس[٦] واللمعة[٧]» من دون تعرّض لما إذا كان مَن إليه الباب متصرّفاً أو غير متصرّف، بل في «المبسوط[٨]» نفي الخلاف عن الحكم بها لمن هي في داره وأنّه لا اعتبار بالجار. ووجّهوه بأنها موضوعة في ملكه لأنّ هواء بيته ملكه، لأنّه تابع للقرار، ومجرّد فتح الباب إلى الغير لا يفيد اليد. والمصنّف استشكل فيما إذا كان مَن إليه الباب متصرّفاً فيها بسكنى وغيرها، لأنّ يده عليها بالذات لاقتضاء التصرّف له، ويد مالك الهواء بالتبعية، والذاتية أقوى، والتبعية لضعفها إنّما تثبت مع عدم ثبوت أُخرى وتصرّف بالفعل، وفي «المسالك[٩] والروضة[١٠]» أنّه أقوى. وفي «جامع المقاصد[١١]» أنّه لا يخلو عن قوّة، ومن ثبوت

(١ و٨) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٧.
(٢) شرائع الإسلام: في تتمّة أحكام النزاع في الأملاك ج ٢ ص ١٢٦.
(٣) تذكرة الفقهاء: في لواحق الصلح ج ٢ ص ١٩٦ س ٩.
(٤) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١٦.
(٥) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٥.
(٦) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٥١.
(٧) اللمعة الدمشقية: في الصلح ص ١٥٠.
(٩) مسالك الأفهام: في الصلح في أحكام النزاع ج ٤ ص ٢٩٨.
(١٠) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٩٣.
(١١) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٤١.

ولو صالح أجنبيّ عن المنكر صحّ، فإن كان عن دَينٍ بإذنه كان توكيلاً، وإلّا تبرّعاً في القضاء، وإن كان عن عين بإذنه فكالأوّل، وبغير إذنه افتداءً للمنكر من الخصومة وإبراءً له من الدعوى. ويرجع بما أدّى إن صالح بإذنه.

اليد من الجانبين في الجملة وعدم تأثير قوّة اليد.

[فيما لو صالح أجنبيّ عن المنكر]

قوله: ﴿ولو صالح أجنبيّ عن المنكر صحّ، فإن كان عن دَينٍ بإذنه كان توكيلاً، وإلّا تبرّعاً في القضاء، وإن كان عن عين بإذنه فكالأوّل، وبغير إذنه افتداءً للمنكر وإبراءً من الدعوى، ويرجع بما أدّى إن صالح بإذنه﴾ قصد بكلامه الأخير التعريض بكلام الشيخ في «المبسوط[1]» حيث قال: إنّه يرجع إن أدّى المال بالإذن سواء صالح بإذنه أم لا.

وفيه: أنّه إذا صالح بغير إذنٍ صار المال في ذمّة المصالح وبرئ مَن عليه الحقّ، فكيف يرجع عليه بشيء إذا أدّى بإذنه. وقال في «الدروس[2]»: إلّا أن تقول: إنّ الصلح موقوف على رضا المدّعى عليه، والأقرب أنّه إن صالح ليؤدّي هو فلا عبرة بالإذن، وكذا لو صالح مطلقاً على احتمال، وإن صالح ليؤدّي المدّعى عليه توقّف على إجازته. واستشكل في «التحرير[3]».

وكذا لا يرجع عليه إن كان أذن له في الصلح ولم يأذن له في وزن المال ودفعه

---

(١) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٠.
(٢) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٢٨.
(٣) تحريرالأحكام: في الصلح ج ٣ ص ٨.

ولو صالح الأجنبيّ المدّعي لنفسه لتكون المطالبة له صحّ، دَيناً كانت الدعوى أو عيناً.

فدفع، لأنّ الإذن في الصلح ليس إذناً في دفع المال، والافتداء للمنكر والإبراء له من الدعوى بمعنى، لأنّ افتداءه بالصلح من الخصومة إبراء له من الدعوى.

قوله: ﴿ولو صالح الأجنبيّ المدّعي لنفسه لتكون المطالبة له صحّ، دَيناً كانت الدعوى أو عيناً﴾ ولا فرق بين اعتراف المدّعى عليه بالحقّ قبل الصلح أو لا، ولا بين أن يكون الأجنبي المصالح عالماً بثبوت الحقّ في ذمّة المدّعى عليه أو لا، كما هو قضيّة إطلاق «المبسوط[1] والدروس[2]».

وخالف في الأخير في «التذكرة[3] والتحرير[4]» قال في الأخير: فإن لم يعترف ـ أي الأجنبي ـ بصحّة دعواه فالوجه عدم الجواز. وصرّح في «التذكرة» بأنّ جواز الدعوى من المصالح مشروط بعلم صدق المدّعي، فإن لم يعلم لم يجز له دعوى شيء لا يعلم ثبوته.

وقال عليه في «جامع المقاصد»: ولقائل أن يقول: اشتراط الدعوى بعلم الاستحقاق غير واضح، فإنّ الوارث يدّعي بخطّ مورّثه والوكيل يدّعي عن موكّله، وقد لا يعلمان الاستحقاق، وكذا الموكّل قد يدّعي بخطّ وكيله ونحو ذلك، فيدّعي عليه أنّ ما لزيد عنده صار مستحقّاً له بالصلح، ويطلب منه اليمين مع الإنكار وعدم البيّنة. ولا يضرّ عدم إمكان الردّ أو القضاء بالنكول كما في الوارث والقيّم على

---

(١) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٠.

(٢) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٢٧.

(٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام لواحق الصلح ج ٢ ص ١٩٢ س ٢٩.

(٤) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ٨.

الطفل. وكذا لقائل أن يقول: لم لا يجوز الصلح على استحقاق الدعوى فإنّ ذلك حقّ، ويجوز الصلح على كلّ حقّ، لكن يرد عليه أنّه لو ثبت الحقّ امتنع أخذه، لعدم جريان الصلح عليه. ويجاب بأنّ الصلح لو جرى على أصل الاستحقاق فإن ثبت الحقّ أخذه وإلّا كان له استحقاق الدعوى وطلب اليمين. وبالجملة: فيقوم مقام المدّعي، ولا بُعد في ذلك، ويغتفر في الصلح ما لا يغتفر في غيره، انتهى [١].

قلت: ويجاب بأنّ القائل بأنّه لابدّ من الجزم في الدعوى لا يستثنى منها إلّا ما إذا كانت له بيّنة عادلة أو أقرّ المدّعى عليه ثمّ أنكر، فإنّه حينئذٍ تصحّ له الدعوى من دون الجزم، لأن كان هذا علَمين شرعيّين أرسى الشارع قواعد شرعه عليهما. واستثنى جماعة السماع في القتل والسرقة فجوّزوهما بلفظ الظنّ. ونقول: بأنّه لايجوز للوارث والوكيل والموكّل الدعوى إلّا إذا علموا، وإلّا فهو كذب وتدليس من دون ضرورة ولا تورية، ودليل المنع هو لزوم القضاء بالنكول واليمين فلابدّ من العلم ليأخذ وليستحلف. نعم للوكيل أن يدّعي عن موكّله كأن يقول: إنّ موكّلي يقول: إنّ له عند فلان كذا. ولا نسلّم أنّه يصحّ على استحقاق الدعوى، لأنّه يحتمل صدقها وكذبها، ولا يجوز الصلح على ما يحتمل أنّه خمر، بل على ما يظنّ أنّه خمر، وهنا كذلك، والكبرى ممنوعة، بل نقول: إنّ كلّ حقّ معلوم يصحّ الصلح عليه. ومنه يتطرّق المنع إلى الصغرى كأن نقول: الدعوى إن كانت صدقاً كانت حقّاً. وقضيّة كلامه أنّه يصحّ الصلح على الإنكار، وليس كذلك، بل وقد (قد ـ خ ل) تقدّم [٢] لنا عند شرح قوله: «وما يتصالحان به وعليه ويشترط فيهما التملّك» ما له نفعٌ تامٌّ في المقام.

---

(١) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٤٣.
(٢) تقدّم في ص ٣٢ ـ ٣٩.

ولو خرجت أغصان الجار إليه فله قطعها من حدّ ملكه إن لم يمكن العطف وإن لم يأذن الحاكم،

وأمّا إذا كان المدّعى عليه مقرّاً فلا خلاف في صحّة صلح الأجنبي لنفسه على كلّ حال، فإن تمكّن من انتزاع ما صالح عليه فلا بحث، وإن لم يتمكّن ففي «المبسوط[1]» إن كانت عيناً والغريم معترف وعجز عن انتزاعها تخيّر بين فسخ الصلح والإقامة. وحكاه عنه في «التحرير[2]» ساكتاً عليه. وأطلق في «الدروس[3]» أنّ له الفسخ من دون فرق بين العين والدّين. واحتمل في «جامع المقاصد[4]» عدم ثبوت الفسخ في واحدٍ من الموضعين لأنّ الصلح عقدٌ مستقلٌّ بنفسه وليس مبنيّاً على المكايسة والمغابنة، ولهذا يصحّ مع الجهالة وعلى ما لا يعدّ مالاً، فيجب التمسّك بعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾[5] إلّا أن يدلّ دليل على خلافه، وهو الأشبه.

[في ما لو خرج غصن الجار إلى ملك جاره]

قوله: ﴿ولو خرجت أغصان الجار إليه فله قطعها من حدّ ملكه إن لم يمكن العطف وإن لم يأذن الحاكم﴾ يريد أنّ له قطعها، ولا يتوقّف جواز ذلك على مطالبة المالك وامتناعه، كما هو خيرة «التحرير[6] والإرشاد[7] وجامع

---

(١) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٠.
(٢) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ٩.
(٣) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٢٨.
(٤) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٤٣.
(٥) المائدة: ١.
(٦) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥١٤.
(٧) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٥.

المقاصد[١] ومجمع البرهان[٢]» ونفى عنه البعد في «الكفاية[٣]» وكأنّه ميل إليه في «المسالك[٤]» لأنّ إزالة العدوان عليه أمرٌ ثابت له، وتوقّفه على إذن الغير ضرر. ولو توقّف على إذن المالك كان إذا امتنع يتوقّف على إذن الحاكم، إذ لا يسوغ له التصرّف في مال الغير بغير إذنه أو إذن مَن يقوم مقامه مع التمكّن، فكان كإخراج دابّة الغير عن ملكه لا يتوقّف على إذن مالك ولا حاكم، مع أنّ الدابّة يحتمل تلفها، مضافاً إلى أنّ الأصل عدم وجوب إبقاء مال الغير في ملكه بلا سبب شرعي، والأصل براءة الذمّة من وجوب مراجعة المالك. ولزوم التصرّف في مال الغير بغير ضرورة يعارضه أنّ للمالك التصرّف في ملكه كيف شاء وإن حصل الضرر على الجار، وقد قال عليه السلام: «ليس لعرق ظالم حقّ»[٥].

فلا فرق حينئذٍ بين ما إذا أمكن إعلام المالك بسهولة أم لا، ولا بين كون الموضع مشتركاً بينهما أم لا.

وقضيّة كلام «المبسوط[٦] والشرائع[٧] والتذكرة[٨] والدروس[٩] والحواشي[١٠] والمسالك[١١] والكفاية[١٢]» أنّه يتوقّف جواز الإزالة على مطالبة المالك وامتناعه، بل

(١) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٤٤.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في الصلح ج ٩ ص ٣٦٥.
(٣) كفاية الأحكام: في الصلح ج ١ ص ٦١٦.
(٤ و١١) مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في الأملاك ج ٤ ص ٢٩٤.
(٥) عوالي اللآلي: ج ٢ ص ٢٥٧ ح ٦.
(٦) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠٢.
(٧) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٥.
(٨) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٩ س ٨.
(٩) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٨.
(١٠) لم نعثر فيها عليه في بحث الصلح.
(١٢) كفاية الأحكام: في الصلح ج ١ ص ٦١٦.

هو صريح بعضها إن لم يكن صريح الجميع، وقد ذكروا[١] مثل ذلك في باب الديات لما تقدّم. وفيه ما عرفت.

وهل يجب على الجار الإزالة لو طالبه ذوالهواء بها أم لا؟

الأوّل: صريح «المبسوط[٢] والتحرير[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥] والكفاية[٦]» وهو ظاهر «الشرائع[٧]» فيجبر مع الامتناع، ولا دليل لهم يعوّل عليه إلّا الاستئناس له بما إذا مال حائطه إلى الشارع أو ملك الغير فإنّهم أوجبوا عليه الإزالة مع التمكّن، وقالوا: إن لم يفعل ضمن. ولم يشترطوا في ذلك المطالبة إلّا الشيخ فإنّه اشترط في الضمان المطالبة والإشهاد، ولعلّه لاحتمال الغفلة بدونهما مع الأصل، والظاهر وجود الفرق، ولذلك يوجبون عليه هدمه وإن لم يطالبه أحد، ولم يختلفوا هناك في وجوب الإزالة واختلفوا هنا، فليتأمّل.

والثاني: خيرة «التذكرة[٨]» حيث قال: لا يجبر، لأنّه من غير فعله وهو يدلّ على عدم الوجوب، ويشهد له الأصل.

والمسألة سيّالة، وهي هل يجب على الإنسان تفريغ أرض الغير من ماله إذا لم يكن ذلك بفعله أو لا يجب عليه ولا يخاطب به وإنّما يكون الحكم متعلّقاً بصاحب الأرض؟ كما مرّ. ولعلّنا نجزم بأنّه يجب عليه إخراج الدابّة الّتي يجب حفظها.

---

(١) لم نعثر على مثل هذا الحكم في باب الديات وهو لزوم المطالبة من صاحب الدار المزاحم وعدمها، بل وقلّما يكون لمسائلها إلمام بالمقام، فراجع وتأمّل لعلّك تجده.

(٢) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠٣.

(٣) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥١٤.

(٤) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٤٥.

(٥) مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في الأملاك ج ٤ ص ٢٩٤.

(٦) كفاية الأحكام: في الصلح ج ١ ص ٦١٥ ـ ٦١٦.

(٧) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٥.

(٨) تذكرة الفقهاء: في أحكام الصلح ج ٢ ص ١٨٩ س ٨.

فإن صالحه على الإبقاء على الجدار صحّ مع تقدير الزيادة أو انتهائها والمدّة،

وأما أنّه لا يتوقّف على إذن الحاكم فقد صرّح به في «المبسوط[١] والشرائع[٢] والتذكرة[٣]» وغيرها[٤]. ووجهه بعد معرفة ما تقدّم ظاهر.

وهل يضمن المالك أُجرة هواء الغير لو مضت مدّة طويلة؟ ففي «جامع المقاصد[٥]» أنّه لا شبهة في الضمان مع تفريطه.

ولو قطعها مع إمكان العطف ضمن بلا خلاف أجده، وقال الشهيد[٦]: أن ليس له إيقاد النار لتحترق. ولعلّه لأنّه يجب عليه ملاحظة الأسهل وما لاضرر فيه ثمّ الضرر اليسير، فمهما أمكن العطف لا يقطع، وإذا لم يمكن يقطع، ولا توقد النار تحته، لأنّه أشدّ ضرراً.

وخروج أغصان شجرة الجار إليه إمّا أن يكون إلى داره المختصّة به أو المشتركة بينهما أو إلى جداره كذلك أو إلى هوائه كذلك.

قوله: ﴿فإن صالحه على الإبقاء على الجدار صحّ مع تقدير الزيادة أو انتهائها والمدّة﴾ كما في «الشرائع[٧] والتذكرة[٨] والتحرير[٩] والدروس[١٠]» وغيرها[١١]. وقد يظهر من «التذكرة» أن لا مخالف فيه من الخاصّة

---

(١) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠٣.
(٢) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٥.
(٣ و٨) تذكرة الفقهاء: في أحكام الصلح ج ٢ ص ١٨٩ س ١٠ و١١.
(٤ و١١) مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في الأملاك ج ٤ ص ٢٩٤ و٢٩٥.
(٥) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٤٥.
(٦ و١٠) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٩ و٣٤٨.
(٧) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٥.
(٩) تحرير الأحكام: في المنافع ج ٤ ص ٥١٤.

وكذا على الإبقاء في الهواء على الأقوى.

والعامّة. وفي «المبسوط[١]» جوازه على إبقائه على الجدار إذا كان الغصن يابساً. وقال: إن كان رطباً يزيد فالصلح باطل، لأنّه مجهول فإنّه يزيد في كلّ حال ولا يعرف قدره. والجماعة[٢] قالوا: إنّ زيادته وانتهاءها تعرفان بظنّ أهل الخبرة، فلا جهالة. وقد يقال[٣]: إنّ الجهالة في المعاوض عنه لا تمنع الصحّة، لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض، والحاجة تدعو إلى الصلح لكثرته في الأملاك المتقاربة، وفي القطع إتلافٌ وضرر.

وكيف كان، فلو فرض زيادة ما حكم بانتهائه على خلاف العادة كان حكم الزائد حكم الأصل لما تعدّى إلى المالك قبل الصلح، ويمكن أن يعفى عن هذه الزيادة المتجدّدة كالأولاد الحادثة للمستأجر للغرفة والسمن الحادث لمستأجر الدابّة. وقالوا: لابدّ مع ذلك من تقدير مدّة الإبقاء فلا يجوز مؤبّداً. قلت: لأنّه هنا يفيد فائدة الإجارة. وكأنّه في «المسالك[٤]» متأمّل في ذلك حيث قال: على ما ذكره الجماعة.

قوله: ﴿وكذا على الإبقاء في الهواء على الأقوى﴾ كما هو خيرة «الدروس[٥] والحواشي[٦] وجامع المقاصد[٧] والمسالك[٨] ومجمع البرهان[٩]» وظاهر

---

(١) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠٣.

(٢) منهم الشهيد الأوّل في الدروس: ج ٣ ص ٣٤٨، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: ج ٤ ص ٢٩٥، والمحقّق الكركي في جامع المقاصد: ج ٥ ص ٤٤٥.

(٣) القائل هو العلّامة في التذكرة: ج ٢ ص ١٩٣ س ٢٨.

(٤ و٨) مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في الأملاك ج ٤ ص ٢٩٥.

(٥) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٨. (٦) لم نعثر عليها.

(٧) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٤٥.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في الصلح ج ٩ ص ٣٦٥ و٣٦٦.

وكذا البحث في العروق الممتدّة، والحائط المائل إلى هواء غيره، والخشبة الواقعة على ملك غيره.

ويصحّ الصلح عن المجهول، دَيناً كان أو عيناً، إذا لم يمكن معرفته، كما لو طحن قفيز حنطة وشعير ممتزجَين. ولو علم أحدهما لم يصحّ إلّا أن يعلم صاحبه. ويصحّ الصلح عن كلّ ما يصحّ أخذ العوض عنه وإن لم يجز بيعه كدم العمد وسكنى الدار.

«التذكرة[1]» الإجماع عليه حيث قال: عندنا خلافاً للشافعية. وفي «الشرائع[2]» لايصحّ على تردّد. وقال في «المبسوط[3]»: إذا لم يكن الغصن معتمداً على بناء صاحب الدار لم يجز، لأنّه بيع الهواء منفرداً بناءً على أصله السابق من عدم جواز أفراد الهواء بالصلح تبعاً للبيع. وهذا هو الفارق بين الصلح على إبقائه في الهواء وعلى الجدار.

قوله: ﴿وكذا البحث في العروق الممتدّة، والحائط المائل إلى هواء غيره، والخشبة الواقعة على ملك غيره﴾ الوجه في ذلك كلّه يعرف ممّا مرّ.

قوله: ﴿ويصحّ الصلح عن المجهول، دَيناً كان أو عيناً، إذا لم يمكن معرفته، كما لو طحن قفيز حنطة وشعير ممتزجين، ولو علم أحدهما لم يصحّ إلّا أن يعلم صاحبه. ويصحّ الصلح عن كلّ ما يصحّ أخذ العوض عنه وإن لم يجز بيعه كدم العمد وسكنى الدار﴾ قد تقدّم الكلام في هذه المسائل كلّها مسبغاً في أوّل الباب[4].

---

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام الصلح ج ٢ ص ١٨٩ س ١١.
(٢) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٥.
(٣) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠٤.
(٤) تقدّم في ص ٢٤ ـ ٣٠.

ولو صالح عن القصاص بعبدٍ فظهر مستحقّاً أو حرّاً فالأقرب الرجوع إلى القصاص.

ولو صالح عن القصاص بحرٍّ يعلمان حرّيّته أو بعبدٍ يعلمان استحقاقه ففي بطلان استحقاق القصاص ووجوب الانتقال إلى الدية نظر.

[في ما لو صالح عن القصاص ثمّ ظهر بطلان الصلح]

قوله: ﴿ولو صالح عن القصاص بعبدٍ فظهر مستحقّاً أو حرّاً فالأقرب الرجوع إلى القصاص﴾ كما في «الدروس[1] وجامع المقاصد[2]» وهو الأصحّ لأنّه عقدٌ باطل فلا يترتّب عليه سقوط القصاص، لأنّ سقوطه حينئذٍ أثر العقد الصحيح، والباطل لا يترتّب عليه أثره. وفي «التذكرة[3]» أنّه ينتقل إلى القيمة. ولعلّه يريد إلى قيمة العبد لو ظهر مستحقّاً وقيمة الحرّ لو كان عبداً لتضمّن الصلح إسقاط القصاص على مال، فلا يعود القصاص بتعذّره، بل ينتقل إلى قيمته. وعن خطّ المصنّف[4] وأبي حنيفة[5] أنّه إن ظهر العبد مستحقّاً انتقل إلى قيمة العبد وإن ظهر حرّاً رجع إلى الدية. واحتمل الرجوع إلى الدية فيهما، لأنّ المقدّر بالتراضي قد فات فيرجع إلى المقدّر الشرعي.

قوله: ﴿ولو صالح عن القصاص بحرٍّ يعلمان حرّيّته أو بعبدٍ يعلمان استحقاقه ففي بطلان استحقاق القصاص ووجوب الانتقال

---

(١) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٣٠.

(٢) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٤٧.

(٣ و٥) تذكرة الفقهاء: في لواحق أحكام الصلح ج ٢ ص ١٩٤ س ١٠ و١٢.

(٤) الحاشية النجّارية: في الصلح ص ٨٢ س ١١ (من مخطوطات مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

إلى الدية نظر﴾ وكذلك «الإيضاح[١]» لا ترجيح فيه. وفي «التذكرة[٢] والحواشي[٣]» أنّ الأقرب بقاء القصاص. وفي «الدروس[٤] وجامع المقاصد[٥]» أنّه الأصحّ، لأنّ الصلح باطل فلا يترتّب عليه أثره. وجزم في «التحرير[٦]» بالانتقال إلى الدية، لتضمّنه الرضا بإسقاط القصاص على عوض، فإذا فات انتقل إلى المقدّر الشرعي دون القيمة لعدم إرادتها، لعلمهما بامتناع كون المذكور عوضاً فكيف تراد قيمته؟ واحتمل في «جامع المقاصد[٧]» السقوط لا إلى بدل، لأنّ التراضي على ما يمتنع كونه عوضاً بمنزلة التراضي على السقوط بغير عوض فيكون إبراءً، وهما ضعيفان، لأنّ الباطل لا يؤثّر ما تضمّنه من الرضا وإرادة المجاز غير معلومة.

هذا وفي «الإيضاح[٨]» أنّه قد وقع الاتّفاق على أنّه لو وكّل في الصلح بخمر فصالح الوكيل سقط القصاص مجّاناً. ويأتي لهم في باب الوكالة[٩] أنّه لو قال له صالح عن الدم الّذي استحقّه بخمر ففعل حصل العفو. وقد صرّح بذلك جماعة[١٠]. ووجّهوه بأنّه يصحّ التوكيل في العقد الفاسد مع أنّهم قد منعوه. وقد أسبغنا الكلام في ذلك في باب الوكالة.

---

(١) بل الظاهر أنّه رجّح الانتقال فإنّه قال في الإيضاح: الانتقال إلى الدية هو الأقوى عندي، راجع الصلح ج ٢ ص ١١١.

(٢) تذكرة الفقهاء: في لواحق أحكام الصلح ج ٢ ص ١٩٤ س ١١.

(٣) الحاشية النجّارية: في الصلح ص ٨٢ س ١١ (من مخطوطات مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٤) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٣٠.

(٥ و٧) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٤٧.

(٦) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١٤.

(٨) إيضاح الفوائد: في الصلح ج ٢ ص ١١١.

(٩) يأتي في الوكالة ج ٧ ص ٥٨٥ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء العشرين.

(١٠) منهم المصنّف في التذكرة: في الوكالة ج ٢ ص ١٣٠ س ١٠، والمحقّق الأردبيلي في المجمع: في الصلح ج ٩ ص ٥٧٨.

ولا يصحّ الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه كالصلح مع امرأةٍ لتقرّ له بالزوجيّة، أو مع شاهدٍ ليمتنع من إقامة الشهادة، أو عن حدّ القذف.

[في عدم صحّة الصلح على ما لا يعوّض عنه]

قوله: ﴿ولا يصحّ الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه كالصلح مع امرأةٍ لتقرّ له بالزوجيّة، أو مع شاهدٍ ليمتنع من إقامة الشهادة﴾ كما في «التذكرة[1] والتحرير[2] والدروس[3]» لأنّه من باب تحريم الحلال وتحليل الحرام، أمّا الزوجة فإن كانت زوجته في الواقع لم يجز لها أخذ العوض على ذلك، فلا يصحّ الصلح، وإلّا فإن كانت محرّمة عليه فالأمر ظاهر، وإلّا فإن أرادت بذل نفسها لا يصحّ بغير عقد النكاح. ومثله ما لو صالحته ليقرّ لها بالزوجيّة. ولو صالحته عن دعوى الزوجيّة ليكفّ عنها ففي «التذكرة[4]» أنّ الأقرب الجواز.

وأمّا الشاهد فلأنّ المشهود به إن كان حقّاً لآدمي كالدّين أو لله سبحانه كالزكاة والشاهد يعرف ذلك لم يجز له أخذ العوض على تركه كما لا يجوز أخذ العوض على ترك الصلاة، وإن كان كذباً لم يجز له أخذ العوض أيضاً على تركه كما لا يجوز له أخذ العوض على ترك شرب الخمر. وكذلك لو صالحه ليشهد له وما لو صالحه على أن لا يشهد عليه زوراً، لأنّ ترك ذلك واجبٌ عليه، كما لا يجوز أن يصالحه على أن لا يقتله ولا يغصبه ماله.

قوله: ﴿أو عن حدّ القذف﴾ أي لا يصحّ الصلح كما في «التحرير[5] والتذكرة[6]

(١ و ٤ و ٦) تذكرة الفقهاء: في لواحق أحكام الصلح ج ٢ ص ١٩٤ س ٢٧ و ٢٨ و ٤١.

(٢ و ٥) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٣ ص ١٤ و ١٥.

(٣) الدروس الشرعية: في الصلح وأحكامه ج ٣ ص ٣٣٠.

ولو تداعيا جداراً بين ملكيهما فهو في أيديهما فيحكم لذي البيّنة،

وجامع المقاصد[1]» لأنّه ليس من الحقوق المالية ولا من توابعها، وإنّما شرّع لتنزيه العرض فلا يجوز أن يعاوض عن عرضه. وفي «جامع المقاصد[2]» أنّه لو صالح عنه لم يسقط الحدّ، لأنّ الباطل لا أثر له، قال: وهو مقرّب التذكرة والموجود فيما عندنا من نسخها: أنّ الأقرب سقوط الحدّ[3]. ولعلّه لأنّه في حكم العفو، فتأمّل.

[في ما لو ادّعى اثنان جداراً يكون بينهما]

قوله: ﴿لو تداعيا جداراً بين ملكيهما فهو في أيديهما فيحكم لذي البيّنة﴾ إذا تداعيا جداراً مطلقاً ـ بمعنى أنّه غير مقيّد بوجهٍ يوجب كونه لأحدهما شرعاً كاتصاله ببناء أحدهما وما في حكمه ممّا سيأتي ـ فهو في أيديهما مستوية نسبته إليهما يحكم به لذي البيّنة منهما، فإن فقدت فمن حلف عليه مع نكول صاحبه فهو له، فإن حلفا أو نكلا قضينا به بينهما كما صرّح بذلك كلّه في «المبسوط[4]» وأكثر[5] ما تأخّر عنه، وهو واضح.

ويبقى الكلام في الجدار في عبارة الكتاب، فإن كان المراد به المنفصل المحلول عنهما فكان الأولى أن تذكر معه تمام أحكامه، ولا معنى لذكره بعد ذلك

(١ و٢) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٤٧ و٤٤٨.

(٣) راجع تذكرة الفقهاء: في بيان ما يصحّ الصلح عليه ... ج ٢ ص ١٩٤ السطر الأخير.

(٤) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٥.

(٥) منهم الشهيد الأوّل في الدروس: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٩، وفخر المحقّقين في الإيضاح: في الصلح ج ٢ ص ١١١، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في الأملاك ج ٤ ص ٢٨٧.

فإن فقدت فلمن اتّصل به بناؤه مع اليمين أو لمن جذعه عليه على رأي،

بقوله «أو محلولاً عنهما»، وكذلك إن أراد به المتّصل بهما معاً، وإن أراد به المنفصل عنهما والمتّصل بأحدهما خاصّة كما يشهد له قوله «فإن فقدت فلمن اتّصل به بناؤه» فلا معنى لقوله «فهو في أيديهما» لأنّ اليد في الأخير للمتّصل به بناؤه خاصّة. ويقضي هذا أيضاً أنّ الحكم لبيّنته مع أنّه داخل، والمشهور أنّ البيّنة إنّما تعتبر من الخارج، وإن أراد جميع هذه الصوَر ورد عليه جميع ما ذكرنا.

قوله: ﴿فإن فقدت فلمن اتّصل به بناؤه مع اليمين﴾ كما طفحت به عباراتهم. والمراد بالاتّصال أن يكون اتصال ترصيف، وهو تداخل الأحجار ونحوها على وجهٍ يبعُد كونه محدثاً بعد ذلك كما صرّح به جماعة [1]. والوجه فيه وفي الحكم واضح.

قوله: ﴿أو لمن جذعه عليه على رأي﴾ مخالف «للخلاف [2] والمبسوط [3]» ـ حيث حكم فيهما بأنّه لا يحكم بالحائط لمن الجذوع له بل يكون بينهما نصفين ـ موافق «للسرائر [4] والشرائع [5] والتذكرة [6] والتحرير [7] والدروس [8] وجامع المقاصد [9]

---

(١) منهم الشهيد في الدروس: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٩، والمحقّق في الشرائع: في الصلح ج ٢ ص ١٢٤، والشيخ في المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٦، والمحقّق الكركي في جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٤٨.

(٢) الخلاف: في الصلح ج ٣ ص ٢٩٦ مسألة ٤.

(٣) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٦.

(٤) السرائر: في الصلح ج ٢ ص ٦٧.

(٥) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٤.

(٦) تذكرة الفقهاء: في التنازع ج ٢ ص ١٩٠ س ٣٣.

(٧) تحرير الأحكام: إحياء الموات في المنافع ج ٤ ص ٥٠٩.

(٨) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٩.

(٩) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٤٩.

أو بناؤه أو عقده أو قبّته أو سترته.

والمسالك[١] والروضة[٢]» لأنّ وضع الجذع يفيد اليد للواضع فيبقى الآخر خالياً فأشبه الحمل على الدابّة والزرع في الأرض.

وحاصل ما استدلّ به في «الخلاف والمبسوط» ما ذكره في «الدروس[٣]» من أنّ في كون الجدار سوراً للدارين دلالة ظاهرة على أنّه في أيديهما، ووضع الجذع اختصاص بمزيد انتفاع كاختصاص أحد الساكنين بزيادة الأمتعة. وفيه ما عرفت.

ولا فرق بين الجذع الواحد وما زاد عليه عند عامّة أهل العلم في الدلالة على الاختصاص والمنع كما في «التذكرة[٤]». وفرّق الكوفيّ[٥] بين الجذع والجذعين.

وظنّ في «الإيضاح[٦]» أنّ الرأي إشارة إلى قول الشيخ في المبسوط بأنّ القول بالقرعة في هذه المسائل قويّ. قال في «جامع المقاصد[٧]»: وليس بجيّد، لأنّ من جملة المسائل الّتي قال الشيخ فيها بالقرعة ما إذا اتّصل به بناؤه أو عقده أو قبّته، والمصنّف جعل الرأي في الجذع فقط، فحيث قدّمه على البواقي لا يكون إشارة إلى قول الشيخ. هذا.

قلت: الشيخ في «المبسوط والخلاف» لم يتعرّض في مسألة الجذع للقرعة أصلاً، فما في «الإيضاح وجامع المقاصد» عنه غير صحيح.

قوله: ﴿أو بناؤه أو عقده أو قبّته أو سترته﴾ أي يحكم لمن كان له عليه

---

(١) مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في الأملاك ج ٤ ص ٢٨٧.
(٢) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٩٤.
(٣) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٩.
(٤) تذكرة الفقهاء: في التنازع ج ٢ ص ١٩٠ س ٣٩.
(٥) الفتاوى الهندية: ج ٤ ص ٩٨، والمغني لابن قدامة: ج ٥ ص ٤٣.
(٦) إيضاح الفوائد: في الصلح في التنازع ج ٢ ص ١١١.
(٧) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٤٩.

ولو كان متّصلاً بهما أو محلولاً عنهما، ولا طرح لأحدهما ولا غيره فمن حلف فهو له مع نكول صاحبه، فإن حلفا أو نكلا قضي لهما به. ولا ترجيح بالدواخل كالطاقات والمحاريب، ولا بالخوارج كالصوَر والكتابات بجصّ أو آجر، ولا بالروازن والشبابيك، وفي رواية يرجّح في الخصّ بمعاقد قمطه.

بناء أو عقد أو قبّة مع اليمين لصيرورته بجميع ذلك ذايد فعليه اليمين مع فقد البيّنة. ولو كان لأحدهما واحدة من المرجّحات ومع الآخر الباقية تساويا، إذ لا أثر لزيادة اليد.

قوله: ﴿ولو كان متّصلاً بهما أو محلولاً عنهما ولا طرح لأحدهما ولا غيره، فمن حلف فهو له مع نكول صاحبه، فإن حلفا أو نكلا قضي لهما به﴾ كما صرّحت بذلك عباراتهم، وقد تقدّم[1].

قوله: ﴿ولا ترجيح بالدواخل كالطاقات والمحاريب، ولا بالخوارج كالصوَر والكتابات بجصّ أو آجر، ولا بالروازن والشبابيك﴾ كما صرّحوا به بدون خلاف أصلاً، لإمكان إحداثها من جهة واضعها من غير شعور الآخر. والمراد بالخوارج ما خرج عن وجه الحائط من نقش بالجصّ والآجر أو وتد أو رفّ أو نحو ذلك.

قوله: ﴿وفي رواية يرجّح في الخصّ بمعاقد قمطه﴾ هو ما رواه المشايخ الثلاثة[2] عن منصور بن حازم صحيحاً عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن خصّ بين دارين؟ فذكر أنّ علياً عليه السلام قضى به لصاحب الدار الّتي من قبله معاقد القمط. وبدّل «الخصّ» «بالحظيرة» في «الكافي والفقيه» وفي «التهذيب والكافي»

---

(١) تقدّم في ص ١٦٩.

(٢) تهذيب الأحكام: ج ٧ ص ١٤٦ ح ٦٤٩، الكافي: ج ٥ ص ٢٩٦ ح ٩، من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ١٠٠ ح ٣٤١٥، عنهم الوسائل: ب ١٤ من أبواب الصلح ح ١ ج ١٣ ص ١٧١.

مكان «فذكر» لفظ «فزعم». وما رواه في «الفقيه[١]» عن عمرو بن شمر عن جابر عن أبي جعفر عليه السلام عن عليّ عليه السلام أنّه قضى في رجلين اختصما في خصّ فقال: إنّ الخصّ للّذي إليه القمط. ويدلّ عليه أيضاً رواية عامّية صريحة بذلك مرويّة في «الخلاف[٢] والغنية[٣] والتذكرة[٤]» بل في الأوّل أنّ الخبر مجمع عليه لا يدفعه أحد، سلّمنا لكنّ الشهرة تجبره وتجبر الخبر الثاني، فقد حكى عليه الشهرة الشهيدان في «الدروس[٥]» في موضعين و«المسالك[٦] والروضة[٧]» والمقداد[٨] والمحقّق الثاني في «تعليق النافع» والمقدّس الأردبيلي[٩] بل ظاهر «التذكرة[١٠] والمسالك[١١]» أيضاً الإجماع عليه. وهو صريح «الغنية[١٢] والسرائر[١٣]». وفي «المبسوط[١٤]» نسبته إلى رواية أصحابنا.

والمخالف والمتأمّل الشيخ في «المبسوط» والمحقّق في قضاء «النافع[١٥]» وفخر الإسلام[١٦] والصيمري[١٧] وأبو العبّاس في «المهذّب البارع[١٨] والمقتصر[١٩]» وقد

---

(١) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ١٠٠ ح ٣٤١٦.
(٢) الخلاف: في الصلح ج ٣ ص ٢٩٥ مسألة ٣.
(٣ و١٢) غنية النزوع: في الصلح ص ٢٥٥.
(٤) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٩١ س ٥ ـ ٩.
(٥) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٩.
(٦ و١١) مسالك الأفهام: في الصلح في النزاع ج ٤ ص ٢٨٨.
(٧) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٩٤.
(٨) التنقيح الرائع: في القضاء ج ٤ ص ٢٧٥.
(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في الصلح ج ٩ ص ٣٥٤.
(١٠) تذكرة الفقهاء: في التنازع ج ٢ ص ١٩١ س ٤.
(١٣) السرائر: في القضاء ج ٢ ص ١٩٤.
(١٤) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٦.
(١٥) المختصر النافع: في القضاء ص ٢٧٧.
(١٦) إيضاح الفوائد: في الصلح ج ٢ ص ١١٢.
(١٧) غاية المرام: في الصلح ج ٢ ص ٢٢٨.
(١٨) المهذّب البارع: في القضاء ج ٤ ص ٤٨٧.
(١٩) المقتصر: في القضاء ص ٣٨١.

نسب الأخير فيهما الخلاف إلى المتأخّرين كافّة وهو غريب، لأنّ أساطينهم كابن إدريس والمحقّق في «الشرائع[١]» والمصنّف والشهيد ممّن تقدّم عليه عاملون بالخبرين. نعم لا ترجيح في «التنقيح» وقد سمعت حكاية الشهرة في ستة كتب.

وكيف كان، فلا وجه للمناقشة في الخبرين من جهة السند ولا الدلالة حيث قيل في قضاء «النافع[٢]» وغيره[٣] أنّ في عمرو[٤] ضعفاً وأنّهما قضية في واقعة فلا يتعدّى إلى غيرها.

وفيه: أنّ الصحيح تضمّن السؤال، ويبعُد أن يكون ما اشتمل عليه من قضايا الأعيان إلّا أن يدّعى أنّه عليه‌السلام عرفها وأجرى الحكم بمقتضى ما علم، لكن ظاهر السؤال لمولانا الصادق عليه‌السلام وجوابه بعده بنقل قضاء أمير المؤمنين عليه‌السلام في الواقعة يقضيان بالعموم لكلّ واقعة، وإلّا لكان السؤال مسكوتاً عن جوابه، وفيه تأخير للبيان عن وقت الحاجة. نعم لا ريب أنّهما مخالفان لأُصول المذهب، ويمكن تخصيصها بهما لمكان التكافؤ، وقد يعمل بهما فيما إذا اقتضت العادة كون وقوع وجه القماط إلى جانب قرينة على ملكيّة الخصّ، لكن النصّ والفتوى مطلقان، وقد يوافقان الاعتبار والصحيح من الأنظار بأنّ الظاهر أنّ مَن كانت إليه المعاقد وقف في ملكه وعقد. نعم قد نقول بتخصيص الحكم بمورد الرواية من الخصّ دون غيره

(١) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٥.
(٢) المختصر النافع: في القضاء ص ٢٧٧.
(٣) كالمقتصر: في القضاء ص ٣٨٣، والمسالك: في الصلح ج ٤ ص ٢٨٨.
(٤) هو عمرو بن شمر بن يزيد الجعفي الكوفي ممّن روى عن أبي عبدالله عليه‌السلام وقد ضعّفه النجاشي والعلّامة إلّا أنّا بيّنّا في مقدمة كتابنا «أحكام المحبوسين في الفقه الجعفري» أن رواية جمع من الثقات المعتمدين عند الأصحاب عن راوٍ دليل الوثاقة، وقد روى عن عمرو هذا مثل يونس بن عبدالرحمن والحسن بن محبوب وحسين بن مختار وحمّاد بن عيسى وعبدالله بن المغيرة ومحمّد بن سنان وغيرهم، وفيهم عدّة أجمعت الأصحاب على تصحيح ما يصحّ عنهم وأقرّوا لهم بالفقه، وهذا يدلّ على أنّ الرجل ثقة ومعتمد عليه، وإلّا لم يجسر مثل هؤلاء على الرواية عنه.

ولو شهدت البيّنة لأحدهما بالملك صار صاحب يد في الأُسّ.

وإن حصلت فيه نحو معاقد القمط وشهدت العادة بكون ذلك قرينة على الملكيّة، إذ أقصى ذلك الظهور، ولا يخصّص به الأُصول، بل ترجّح هي عليه حيث لا يقوم على ذلك دليل كما قام فيما نحن فيه ـ أعني الخصّ ـ.

وقال في «النهاية[1]»: قالوا: القمط هو الحبل، والخصّ الطنّ الّذي يكون في السواد بين الدور. ويستفاد من «الفقيه[2]» أيضاً أنّ الخصّ هو الحائط من القصب بين الدارين، وهو الأوفق بالنصّ والفتوى. وفي «النهاية الأثيريّة[3]» نقلاً عن الهروي و«مجمع البحرين» أنّ الخصّ البيت الّذي يعمل من القصب، وهو الموافق للعرف، وقد نصّ أنّه بالضمّ، والقمط بالكسر.

قوله: ﴿ولو شهدت البيّنة لأحدهما بالملك صار صاحب يد في الأُسّ﴾ كما في «الدروس[4]» والمراد بالأُسّ مكان الأساس كما في «الحواشي[5]» وجامع المقاصد[6]».

ومعناه أنّهما إذا اختلفا في الأُسّ والجدار فأقام أحدهما بيّنته في الجدار (بالجدار ـ خ ل) فهو ذويد في الأُسّ. وكذا الشجرة مع المغرس. لأنّ كون الجدار حائلاً بين الملكين أمارة على اشتراك اليد. ولا دلالة على اشتراك اليد في الأُسّ والمغرس، فإذا ثبت الجدار لأحدهما اختصّت يده. وإن كان المراد به ـ أي الأُسّ ـ

---

(١) النهاية: باب جامع في القضايا والأحكام ص ٣٥١ ح ١٠.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ١٠٠ ذيل ح ٣٤١٦.

(٣) النهاية لابن الأثير: باب القاف مع الميم ج ٤ ص ١٠٨.

(٤) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٥٠.

(٥) لم نعثر عليه.

(٦) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٥١.

ويحكم لصاحب السفلِ بجدران البيت مع اليمين، ولصاحب العلوِ بجدران الغرفة.

الأساس المستتر من الحائط كان داخلاً في شهادة البيّنة بكون الجدار له كما في «المبسوط[1] وجامع المقاصد[2]» فلا معنى لحصول اليد فيه بالبيّنة. وقال الشهيد[3]: يمكن ذلك بأن تشهد البيّنة بتملّك ما ظهر لا ما استتر، انتهى فتدبّر.

[حكم جدران السفل]

قوله: ﴿ويحكم لصاحب السفلِ بجدران البيت مع اليمين، ولصاحب العلوِ بجدران الغرفة﴾ كما في «المبسوط[4] والشرائع[5] والتحرير[6] والإرشاد[7] وجامع المقاصد[8] والمسالك[9] والروضة[10] ومجمع البرهان[11]». وفي «المسالك» أنّه المشهور. وفي «الروضة» أنّه الأشهر، لأنّ جدران البيت جزؤه وجدران الغرفة جزؤها، فيحكم بهما لصاحب الجملة، وأنّ الظاهر أنّ وضع اليد على البيت وضع على جدرانه، وكذلك الغرفة. وعن أبي عليّ[12] أنّ جدران البيت بينهما، لأنّ حاجتهما إليه واحدة بخلاف جدران الغرفة، إذ لا تعلّق لصاحب البيت بها إلّا كونه موضوعاً على ملكه. وفي «المختلف[13]» لا بأس به. وفي «المسالك[14]» أنّه قول

(١ و٤) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٥ و٣٠٠.

(٢ و٨) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٥١.

(٣) لم نعثر عليه.

(٥) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٥.

(٦) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٤ ص ٥١٠.

(٧) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٥.

(٩ و١٤) مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في الأملاك ج ٤ ص ٢٩٢.

(١٠) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٨٧.

(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في الصلح ج ٩ ص ٣٥٢.

(١٢) نقله في المسالك: في أحكام النزاع في الأملاك ج ٤ ص ٢٩٢.

(١٣) مختلف الشيعة: في الصلح ج ٦ ص ٢٢٦.

أمّا السقف فإن لم يمكن إحداثه بعد بناء العلوِ ـ كالأزج الّذي لايمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده ـ فهو لصاحب السفلِ لاتّصاله ببنائه على الترصيف،

جيّد، والأوّل أجود. واستشكل في «التذكرة[1]» ولعلّه ليس في محلّه. وكذلك الحال في سقف الغرفة يحكم به لصاحبها كما في «التحرير[2] واللمعة[3] والروضة[4]».

[حكم سقف السفل]

قوله: «أمّا السقف فإن لم يمكن إحداثه بعد بناء العلوِ ـ كالأزَج الّذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده ـ فهو لصاحب السفلِ لاتّصاله ببنائه على الترصيف» كما في «التذكرة[5] والدروس[6] وجامع المقاصد[7] والمسالك[8] والروضة[9]» وظاهر الأخيرين أنّه ليس محلّ خلاف، لأنّ الأزَج بناء يعقد فوق الجدران بالجصّ والآجر، ولا ريب أنّ هذا النوع من البناء إنّما يفعل قبل امتداد الجدار في العلوِ، لأنّه لابدّ من إخراج بعض الأجزاء ونحوه عن سمة وجه الجدار عن قرب محلّ العقد ليكون حاملاً للعقد، فيحصل الترصيف بين السقف والجدران، وهو دخول آلات البناء من كلٍّ منهما في الآخر. وذلك دليل على أنّه لصاحب الأسفل، فإنّ اتّصاله ببنائه اقتضى كون اليد له.

---

(١) تذكرة الفقهاء: في التنازع ج ٢ ص ١٩١ س ٢٦.

(٢) تحرير الأحكام: في الصلح ج ٤ ص ٥١٠.

(٣) اللمعة الدمشقية: في الصلح ص ١٤٩.

(٤) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٨٧.

(٥) تذكرة الفقهاء: في التنازع ج ٢ ص ١٩١ س ١٥.

(٦) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٥٠.

(٧) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٥١.

(٨) مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في الأملاك ج ٤ ص ٢٩٢.

(٩) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٨٨.

وإن كان بحيث يمكن إحداثه ـ كجذع يثقب له في وسط الجدار ويجعل البيت بيتين ـ فهما مشتركان فيه، فيحتمل التسوية لأنّه أرض لصاحب العلوِ وسماء لصاحب السفلِ واختصاص الأوّل والثاني.

قوله: ﴿وإن كان بحيث يمكن إحداثه ـ كجذعٍ يثقب له في وسط الجدار ويجعل البيت بيتين ـ فهما مشتركان فيه، فيحتمل التسوية لأنّه أرض لصاحب العلوِ وسماء لصاحب السفلِ، واختصاص الأوّل والثاني﴾ أي يحتمل اختصاص الأوّل به، وهو صاحب العلوِ، ويحتمل اختصاص الثاني به، وهو صاحب السفلِ. وتفريع الاحتمالات الثلاثة على اشتراكهما غير صحيح قطعاً.

وكيف كان، فالاحتمال الأوّل خيرة «المبسوط[1]» وقوّاه في «الدروس[2]» قال في «المبسوط»: إن لم يكن لأحدهما بيّنة حلف كلّ واحد منهما على دعوى صاحبه، فإن حلفا كان بينهما نصفين، والأحوط أن يقرع بينهما، فمن خرج سهمه حلف وحكم له به.

وقال في «الخلاف[3]»: يقرع بينهما، فمن خرج اسمه حلف لصاحبه وحكم له به، وإن قلنا: إنّه يقسّم بينهما نصفين كان جائزاً، فقد قال أيضاً فيه بالتسوية. وهو قضيّة القول بالقرعة كما هو خيرة «اللمعة[4]» كما هو خيرة «الخلاف» في أوّل كلامه و«المبسوط» في آخره. وقد استحسنه في «الشرائع[5]».

---

(١) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠٠.

(٢) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٥٠.

(٣) الخلاف: في الصلح مسألة ٨ ج ٣ ص ٢٩٨.

(٤) اللمعة الدمشقية: في الصلح ص ١٤٩.

(٥) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٥.

وقد استدلّ عليه في «الخلاف[١]» بإجماع الفرقة على أنّ كلّ مجهول فيه القرعة، وهذا من الأمر المشتبه.

ويشكل بأنّ مورد القرعة المجهول الّذي لا يحتمل اشتراكه بين المتقارعين، بل هو حقّ لأحدهما مشتبه، وهنا ليس كذلك، لأنّه كما يجوز كونه لأحدهما يجوز كونه لهما معاً، لاستوائهما فيه كما اعترف هو به في الكتابين. والحاصل: أنّ القول بالقرعة ينافي القسمة الّتي جوّزها في الكتابين.

ومعنى قولنا: «إنّ القول بالتسوية قضيّة القول بالقرعة» أنّهما متساويان في اليد، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر، وإلّا فهو قول آخر كما في «الشرائع[٢]» وغيرها[٣].

والاحتمال الثاني وهو اختصاص صاحب العلو به خيرة «السرائر[٤] والإرشاد[٥] والمختلف[٦] والحواشي[٧] وجامع المقاصد[٨] ومجمع البرهان[٩]» وهو المحكي[١٠] عن أبي عليّ. وفي «التذكرة[١١]» لا بأس به. وفي «الروضة[١٢]» ليس ببعيد، لأنّ الغرفة لا تتحقّق بدونه والبيت يتحقّق بدون السقف، وهما متصادقان على أنّ هنا غرفة فلابدّ من تحقّقها، ولأنّ تصرّفه فيه أغلب من تصرّف الآخر.

---

(١) الخلاف: في الصلح ج ٣ ص ٢٩٨ مسألة ٨.
(٢) تقدّم في الصفحة السابقة.
(٣ و٨) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٥٢.
(٤) السرائر: في الصلح ج ٢ ص ٦٧.
(٥) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٥.
(٦) مختلف الشيعة: في الصلح ج ٦ ص ٢٢١.
(٧) لم نعثر على تلك الحاشية.
(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في الصلح ج ٩ ص ٣٥٣.
(١٠) حكى عنه العلّامة في المختلف: في الصلح ج ٦ ص ٢٢١.
(١١) تذكرة الفقهاء: في التنازع ج ٢ ص ١٩١ س ٢٣.
(١٢) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٨٨.

ولو تنازع صاحب البيوت السفلى وصاحب العليا في العرصة، فإن كان المرقى في صدر الخان تساويا في المسلك واختصّ الأسفل بالباقي.

والاحتمال الثالث لم نجد قائلاًبه منّا، وإنّما هو لأبي حنيفة[1]، قال: لأنّ السقف على ملك صاحب السفلِ، فكأنّ القول قوله فيه كما لو تنازعا سرجاً على دابّة أحدهما. وفيه: أنّه قياس مع الفارق، لأنّ السرج لا ينتفع به غير صاحب الدابّة ويده وحده عليه، والسقف هنا ينتفعان به معاً.

ووجّهه في «الإيضاح[2]» بأنّ الهواء تابع للسفلِ، لأنّه متوقّف عليه، ولم يرجّح فيه شيئاً من الأقوال الأربعة.

ووجّهه في «جامع المقاصد[3]» بشدّة احتياجه إليه، وأنّ الغرفة على البيت ولاتتحقّق إلّا بعده، والبيت لا يتمّ إلّا بالسقف.

وفيه: أنّ أقصى ذلك أنّه الغالب ولم يثبت ما يقضي باليد لصاحب السفل، وصاحب العلو مختصّ باليد والتصرّف.

[في تنازع صاحبي السفلى والعليا في العرصة]

قوله: ﴿ولو تنازع صاحب البيوت السفلى وصاحب العليا في العرصة، فإن كان المرقى في صدر الخان تساويا في المسلك واختصّ الأسفل بالباقي﴾ كما في «الدروس[4] وجامع المقاصد[5] والمسالك[6]

---

(١) المبسوط: ج ٢٠ ص ١٥٨، الشرح الكبير: ج ١٢ ص ١٧٠.

(٢) إيضاح الفوائد: في الصلح ج ٢ص ١١٢. (٣ و ٥) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ص ٤٥٢.

(٤) الدروس الشرعيه: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٥١.

(٦) مسالك الأفهام: في النزاع ج ٤ ص ٢٩٦.

والروضة[١]» ونحوه «الشرائع[٢] والتحرير[٣] والإرشاد[٤]» قال في «الشرائع[٥]»: ولو تداعيا الصحن قضي منه بما يسلك فيه إلى العلوِ بينهما، وما خرج عنه لصاحب السفلِ. وهو معنى ما في الكتاب.

ووجهه أنّ صاحب العلوِ لمّا افتقر سلوكه إليه إلى التصرّف من الصحن في قدر الممرّ كان له عليه يد دون باقي الصحن. وصاحب السفلِ يشاركه في التصرّف وينفرد بالباقي، فيكون قدر المسلك بينهما.

وقد خالف الشيخ في «المبسوط[٦]» والمصنّف في «التذكرة[٧]» فذهبا إلى أنّ السفلِ بينهما نصفين قال في «المبسوط»: إن كانت الدرجة الّتي يرتقى منها إلى علوِ الخان في صدر الصحن كان السفلِ بينهما نصفين. واحتمله في «الدروس[٨]» لأنّ صاحب الأعلى لا يكلّف المرور على خطّ مستقيم، ولا يمنع من وضع شيءٍ فيها، ولا من الجلوس قليلاً، فله يد على الجميع في الجملة.

وجزم في «اللمعة[٩]» بأنّ الأعلى يختصّ بقدر ما يسلكه، لكونه من ضرورة الانتفاع بالغرف، وله عليه يد في جملة الصحن. وهو الّذي استظهره المولى الأردبيلي[١٠].

وصدر الخان نهايته في السعة، وهو آخر خطّته المقابلة للباب.

---

(١) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٨٩.
(٢) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٦.
(٣) تحريرالأحكام: في الصلح ج ٤ ص ٥١٠.
(٤) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٥.
(٥) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٦.
(٦) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠٥.
(٧) تذكرة الفقهاء: في التنازع ج ٢ ص ١٩١ س ٢٨.
(٨) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٥١.
(٩) اللمعة الدمشقية: في الصلح ص ١٤٩.
(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في الصلح ج ٩ ص ٣٥٦.

ولو كان فيالدهليز أو في أوّل الباب، فمن أوّل الباب إلى المرقى بينهما والباقي للأسفل. ولو خرج المرقى عن خِطّة الخان فالعرصة بأجمعها للأسفل، ويقضى بالدرجة لصاحب العلو.

[في حكم المرقى]

قوله: ﴿ولو كان في الدهليز أو في أوّل الباب، فمن أوّل الباب إلى المرقى بينهما، والباقي للأسفل﴾ قد صرّح بالحكم المذكور فيما إذا كان في الدهليز في «المبسوط[1] والتذكرة[2] والدروس[3] وجامع المقاصد[4] والمسالك[5] والروضة[6]». وأمّا إذا كان في أوّل الباب ففي «جامع المقاصد» أنّ الاشتراك لا يتأتّى، إذ المرقى في أوّل الباب. ويمكن أن يقال: لابدّ من الباب والصعود في المرقى فالاشتراك إلى أوّل المرقى[7].

قوله: ﴿ولو خرج المرقى عن خِطّة الخان فالعرصة بأجمعها للأسفل﴾ ولا تعلّق لصاحب العلوِ بها بحال كما في «التذكرة[8] والدروس[9] والمسالك[10] والروضة[11]» لأنّه لا يد له على شيءٍ منها إلّا أن نقول في السِكّة المرفوعة باشتراك الفضلة بين الجميع. ويؤيّده أنّ العرصة بجملتها يحيط بها الأعلى كما يحيط بها الأسفل، فليتأمّل.

قوله: ﴿ويقضى بالدرجة لصاحب العلوِ﴾ كما في «المبسوط[12]

(١ و١٢) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠٥ و٣٠٦.

(٢ و٨) تذكرة الفقهاء: في التنازع ج ٢ ص ١٩١ س ٢٩ و٣١.

(٣ و٩) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٥١.

(٤ و٧) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٥٣.

(٥ و١٠) مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في الاملاك ج ٤ ص ٢٩٦.

(٦ و١١) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٩٠.

والشرائع[١] والتذكرة[٢] والتحرير[٣] والإرشاد[٤] واللمعة[٥] وجامع المقاصد[٦] ومجمع البرهان[٧] والدروس[٨] والمسالك[٩] والروضة[١٠]» لأنّها لانتفاعه والضرورة ماسّة به إليها، ولاكذلك صاحب السفلِ. والعقل يحكم بأنّ الأمر الّذي هو ضروري لشخص دون آخر مختصّ بصاحب الضرورة.

وقيّد الحكم في الثلاثة الأخيرة بما إذا اختلفا في الخزانة، قالا: أمّا لو اتّفقا على أنّ الخزانة لصاحب البيوت السفلى كانت كالسقف المتوسّط بين الأعلى والأسفل، أي فعلى تقدير القول ثمّة بأنّ السقف لصاحب الغرفة فإنّه يحكم هنا بالدرجة للأعلى مطلقاً سواء اختلفا في الخزانة أم اتّفقا على أنّها للأسفل، وعلى القول بالاشتراك في السقف فإنّه هنا مع الاتّفاق على الخزانة للأسفل تكون الدرجة مشتركة بينهما كالسقف ثمّة، أمّا مع الاختلاف فيها ـ أي الخزانة ـ فالحكم فيها أنّها للأعلى.

وأنت خبير بأنّ الجماعة أطلقوا، بل إطلاق «المبسوط» كاد يلحق بالتصريح بعدم الفرق بين الاختلاف في الخزانة والاتّفاق. ثمّ إنّك قد عرفت أنّ جماعة قالوا في السقف بالقرعة كالشهيد في «اللمعة[١١]» والشيخ في أحد قوليه في «الكتابين[١٢]»

---

(١) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٦.

(٢) تذكرة الفقهاء: في التنازع ج ٢ ص ١٩١ س ٣٤.

(٣) تحرير الأحكام: في إحياء الموات في المنافع ج ٤ ص ٥١٠.

(٤) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٥.

(٥ و١١) اللمعة الدمشقية: في الصلح ص ١٤٩.

(٦) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٥٣.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في الصلح ج ٩ ص ٣٥٥.

(٨) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٥١.

(٩) مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في الاملاك ج ٤ ص ٢٩٥.

(١٠) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٩٠.

(١٢) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠٠، الخلاف: في الصلح ج ٣ ص ٢٩٨ مسألة ٨.

ويتساويان في الخزانة تحتها،

وجماعة[١] قالوا فيه بالاشتراك، وهذان لا يجامعان اختصاص العلوي بالخزانة مطلقاً، بل لابدّ فيها من القرعة عند مَن ذهب إليها هناك، كما أنّه لابدّ من الحكم بالاشتراك كما قيل به هناك، مع أنّهم أطلقوا هنا من دون تقادم عهد.

ولعلّه مبنيّ على ما أشار إليه في «المبسوط» من شدّة ندرة الاتّفاق على أنّ الخزانة لصاحب السفلِ. قال في أثناء كلامٍ له: إنّ الدرجة لا يقصد ببنائها إلّا الصعود عليها ولا يقصد أحد عمل خزانة بعقد درجة، وتخالف السقف فإنّه يقصد ببنائه ستر البيت دون عمل غرفة وقد يقصد به عمل غرفة دون ستر البيت فلذلك كان ـ أي السقف ـ بينهما، انتهى[٢]. لكنّه يقضي بأنّ الخزانة للأعلى أيضاً، وهو مختاره فيه كما ستسمع، أو مبنيّ على أنّ الدرجة كالحائط أو السقف المتّصل ببناء أحدهما بناء ترصيف، فيحكم بها للأعلى وإن كانت خزانتها للأسفل. وليست كالسقف الّذي هو محلّ الخلاف، أي الّذي يمكن إحداثه، فليتأمّل.

نعم لابدّ من التقييد في الدرجة بما إذا كانت معقودة، فلو كانت دكّة غير معقودة أو كانت سلّماً في محلّ الصعود مربوطاً به أم لا فلا مجال للاختلاف فيهما، بل هما للأعلى قولاً واحداً على ما قد يُفهم من «التذكرة[٣]» كما أنّ السلّم الموضوع في غير محلّ الصعود ملكٌ لصاحب السفلِ إذا كان في ملكه.

[في حكم الخزانة]

قوله: ﴿ويتساويان في الخزانة تحتها﴾ كما في «الشرائع[٤] والتحرير[٥]

---

(١) منهم الشيخ في المبسوط في أحد قوليه ج ٢ ص ٣٠٠، والشهيد في الدروس: ج ٣ ص ٣٥٠.

(٢) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠٦. (٣) تذكرة الفقهاء: في التنازع ج ٢ ص ١٩١ س ٣٤.

(٤) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ ص ١٢٦.

(٥) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥١٠.

كلّ ذلك مع اليمين.

والدروس[١] وجامع المقاصد[٢] والمسالك[٣]». وفي «الروضة[٤]» أنّه قويّ، لأنّ لكلٍّ منهما شاهداً بالملك، إذ الظاهر أنّ الدرج لصاحب العلوِ، فيكون مكانه له لأنّ الهواء تابع له. وكذا الظاهر أنّ الخزانة كسائر البيوت السفلى. وفي «المبسوط[٥]» أنّ الأقوى هنا أنّها للأعلى كما تقدّم عنه ما يدلّ عليه. وفي «الإرشاد[٦] ومجمع البرهان[٧]» أنّها للأسفل لاتّصالها بملكه ووضع يده عليها كسائر بيوته. وحكم في «اللمعة[٨]» بالقرعة. وفيه ما مرّ. واحتمل في «التذكرة[٩]» فيها الاحتمالات الثلاثة: الاشتراك واختصاص كلّ منهما بها.

ولا فرق فيها بين الصغيرة والكبيرة كما في «مجمع البرهان[١٠]» وهو قضيّة الإطلاق. ولا عبرة بوضع الأسفل آلاته وكيزانه فيها كما في «التذكرة[١١]».

والخزانة بالكسر ككتابة، قاله في «القاموس[١٢]».

[في وجوب اليمين على المتملّك]

قوله: ﴿كلّ ذلك مع اليمين﴾ أيّ في جميع المسائل سوى الّتي جعلناهما

---

(١) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٥١.
(٢) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ ص ٤٥٣.
(٣) مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في الأملاك ج ٤ ص ٢٩٦.
(٤) الروضة البهية: في الصلح ج ٤ ص ١٩١. (٥) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٣٠٦.
(٦) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ ص ٤٠٥، إلّا أنّ فيه: ويتساويان في المسلك والخزانة تحت الدرجة، راجع.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في الصلح ج ٩ ص ٣٥٦.
(٨) اللمعة الدمشقية: في الصلح ص ١٤٩. (٩) تذكرة الفقهاء: في التنازع ج ٢ ص ١٩١ السطر الأخير.
(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في الصلح ج ٩ ص ٣٥٦.
(١١) لم نعثر عليه في التذكرة بل هو موجود في الدروس: ج ٣ ص ٣٥١، كما نقل عن الدروس الشهيد الثاني في المسالك: ج ٤ ص ٢٩٦.
(١٢) القاموس المحيط: ج ٤ ص ٢١٩ مادّة «خزن».

والمُسنّاة بين الملكين كالجدار.

فيهامعاًصاحبي يد، والّتي رجّحنا فيها واحداً، فإنّ اليمين على صاحب اليد، لأنّه المنكر.

[في حكم المسنّاة الواقعة بين الملكين]

قوله: ﴿والمُسنّاة بين الملكين كالجدار﴾ لو تنازعا مسنّاة بين نهر أحدهما وأرض الآخر أو بين أرضيهما أو بين نهريهما تحالفا وكانت بينهما، لأنّها حاجز بين ملكيهما كالحائط بين الملكين كما صرّح به كلّه في «التذكرة[1]» ونحوه ما في «التحرير[2]».

وقد وفّق الله سبحانه وتعالى بمنّه ويُمنه وبركة خير خلقه سيّدنا محمّدٍ وآله صلوات الله عليهم أجمعين لإتمام هذا الجلد في أوّل شهر ربيع الأوّل سنة ١٢٢١ ألف ومائتين وإحدى وعشرين من الهجرة مع تشتّت الأحوال واشتغال البال بما نابنا من الخارجي الملعون في أرض نجد، فإنّه اخترع ما اخترع في الدين وأباح دماء المسلمين وتخريب قبور الأئمة المعصومين عليهم صلوات ربّ العالمين، فأغار سنة ١٢١٦ على مشهد الحسين عليه السلام وقتل الرجال والأطفال وأخذ الأموال وعاث في الحضرة المقدّسة، فخرب بنيانها وهدم أركانها. ثمّ إنّه بعد ذلك استولى على مكّة المشرّفة والمدينة المنوّرة وفعل بالبقيع ما فعل، لكنّه لم يهدم قبّة النبيّ صلى الله عليه وآله، وفي السنة الحادية والعشرين في الليلة التاسعة من شهر صفر قبل الصبح بساعة هجم علينا في النجف الأشرف ونحن في غفلة حتّى أنّ بعض أصحابه صعدوا السور وكادوا يأخذون البلد فظهرت لأمير المؤمنين عليه السلام المعجزات الظاهرة والكرامات الباهرة فقُتل من جيشه كثير ورجع خائباً، وله الحمد على كلّ حال.

---

(١) تذكرة الفقهاء: في لواحق الصلح ج ٢ ص ١٩٦ س ١٦ ـ ١٧.
(٢) تحرير الأحكام: في إحياء الموات ج ٤ ص ٥١٠.

كتاب

الأمانات وتوابعها

كتاب الأمانات وتوابعها

وفيه مقاصد:

الأوّل
في الوديعة

وفيه فصول:

الأوّل: في حقيقتها

بسم الله الرحمن الرحيم

وعليه أتوكّل وبه أستعين، ولا حول ولا قوّة إلّا بالله

الحمد لله كما هو أهله ربّ العالمين. وصلّى الله على محمّدٍ وآله الطاهرين المعصومين، ورضي الله سبحانه عن علمائنا ومشايخنا وصالحي رواتنا أجمعين.

وبعد، فهذا ما برز بلطف الله سبحانه من أجزاء مفتاح الكرامة على قواعد العلّامة تصنيف العبد الأقلّ الأذلّ محمّدالجواد الحسيني العاملي عامله الله في داريه بلطفه الجليّ والخفيّ، آمين آمين.

[في أقسام اليد الموجبة للضمان وغيرها]

قوله: ﴿كتاب الأمانات وتوابعها، وفيه مقاصد، الأوّل: الوديعة.

وفيه فصول، الأوّل: في حقيقتها﴾.

اليد في الشرع على قسمين: يد قهر وعدوان، ويد أمانة واستئمان.

فالاُولى كيد الغاصب الظالم الآثم دون ما عداه ممّا ذكره جماعة من أقسام الغصب، لأنّ الضمان لا ينافي الاستئمان في غير الوديعة. ومنها الوديعة إذا تعدّى فيها بخيانةٍ ونحوها أو فرّط أو طلبها المالك فلم يخلّ بينه وبينها.

والثانية عَلى قسمين: أمانة مالكيّة وأمانة شرعيّة. والاُولى ما كانت مستندة إلى المالك أو مَن قام مقامه، وقد عرفت الثانية في «الروضة[1] والكفاية[2]» بأنّها ما أذن في الاستيلاء عليها شرعاً ولم يأذن فيها المالك.

وفي «المهذّب البارع[3] وإيضاح النافع» على قسمين: خاصّة وعامّة. فالخاصّة كلّ عين حصلت في يد غير مالكها بإذنه أو بغير إذنه ثمّ اُخبر ولم يطلبها أو أقرّه الشارع على إمساكها كالوديعة والعارية ومال الشركة والمضاربة والعين المرهونة والمستأجرة والموكّل عليها والعين الّتي هو وصيٌّ عليها، ويدخل فيها العين المقبوضة بالسوم. قال في «المهذّب» ما معناه: أنّه زيد ما أقرّه الشارع على إمساكها ليدخل فيه الوديعة بعد موت المودع المشغول بحجّة الإسلام مع علم المستودع بعدم تنفيذ الوارث، فإنّ الشارع جعل له ولاية الاستيجار للحجّ، فهي في يده إلى وقت الاستيجار غير مضمونة، وليدخل فيه أيضاً اللقطة، فإنّها في يد الملتقط لا بإذن المالك، بل الشارع أقرّ يده عليها للاحتفاظ. ومراده أنّ هاتين تدخلان في تعريف الأمانة الشرعيّة، وقضيّتها أن لا تقرّ يدهما عليهما، فوجب أن يزاد ذلك لإدخالهما في الخاصّة لمكان التوافق في الحكم قالا: وأمّا العامّة فهي كلّ عين حصلت في يد

(١) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٣٧.

(٢) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٣.

(٣) المهذّب البارع: في الوديعة ج ٣ ص ٧.

غير المالك مع عدم علمه بذلك على غير جهة التعدّي كالثوب يطيره الريح إلى دار إنسان وكالوديعة إذا مات مالكها ولم يعلم الوارث وكالعين المأمور بدفعها إلى غيره والمال الموصى بتفريقه أو بدفعه إلى مَن لا يعلم. ولو كان الموصى له معيّناً وعلم به كان أمانة خاصّة وحكم الأمانة الخاصّة أنّه لا يجب دفعها إلّا مع الطلب، فلو تلفت قبله لم يضمن. وحكم العامّة وجوب الدفع على الفور ويضمن مع التأخير. ويشتركان في الضمان مع التعدّي والتفريط، انتهى كلامهما.

قلت: قد عدّ أبو علي والشيخ في «المبسوط» والمقداد من الأمانة الشرعيّة العين المستأجرة بعد انقضاء المدّة، والأكثرون على خلاف ذلك كما بيّنّاه في باب الإجارة[1].

ويدخل في الثانية ما ينتزع من الغاصب أو السارق حسبة دون ما يستودعه إيّاه عند المشهور فإنّه عندهم لقطة في وجوب التعريف والتصدّق دون التملّك كما سيأتي، وعند جماعة أنّه يتصدّق به، فيكون مجهول المالك، فيدخل فيها كما تقدّم في باب الدَين[2] من أنّ المال المجهول المالك من الأمانات الشرعيّة الّتي يجب ردّها إلى مالكها فوراً بالتصدّق بها. وهو ما حصل في يدك من مالكه أو مَن يقوم مقامه ثمّ جهلته أو كان مجهولاً لك من أوّل الأمر، كأن كنت معه في فندق أو خان أو قافلة ولا تعرفه، وحصل في يدك أو في متاعك شيء من ماله غفلةً أو خطأً.

(ومنها) ـ أي الأمانة الشرعيّة ومجهول المالك ـ ما يقع الاشتباه فيه من النعال في الزيارات والحمّامات. ويشبهه ما يؤخذ من الحاكم الظالم ممّا علم أنّه حرام ولا يعلم صاحبه ممّا لا يجدي تعريفه، إذ قد لا يعرف صاحبه ذهابه منه أو لا يعرف أنّهُ وصل إلى يدك من الظالم والسارق عملاً بالعلّة المومى إليها في خبر يونس

(١) يأتي في ج ٧ ص ٢٥١ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء العشرين.
(٢) تقدّم في ج ١٥ ص ٤٩.

حيث قال عليه‌السلام: كيف تعرفه ولم تعرف بلده[1].

ومن الأمانة الشرعيّة العامّة اللقطة ـ مع ظهور المالك ـ والهدايا والكتب المرسلة، نصّ عليها الفاضل المقداد[2] في الكتب، واحتمل العدم، لأنّها ملك المرسل، وضعّفه بأنّ العرف يقتضيه وأنّ الشرع إن لم يقتضه فلم يقتض عدمه.

ومنها الصيد المنتزع من المحرم أو من محلّ أخذه من محرم فإنّه يجب ردّه فوراً إلى الحرم، وهذا لا يتصوّر فيه الإعلام. وكذا تخليص الصيد من الجارح ليداويه ومن الشبكة في الحرم.

ومنها أيضاً ما لو ظفر المقاصّ بغير جنس حقّه فهو أمانة شرعيّة حتّى يباع. وهذا أيضاً لا يتصوّر فيه الإعلام، فتأمّل. وما يؤخذ من الصبيّ والمجنون من مال الغير وإن كسباه من قمار، وما يؤخذ من مالهما وديعة عند خوف تلفه بأيديهما، وما يتسلّمه منهما نسياناً، وما بطل من الأمانة المالكيّة بموت المالك أو جنونه أو موت المؤتمن أو جنونه، وما إذا عزل المستودع نفسه مع علم المودع وبدونه. وهذه الثلاثة ونحوها يحتاج في إدخالها في أحد التعريفين إلى تجشّم، فتأمّل.

فحاصل حكم الأمانات الشرعية العامّة أنّه يجب دفعها فوراً إلى مالكها إن علم، وإلّا فإلى مَن قام مقامه من الفقراء أو الحاكم.

ويبقى الكلام في مقامات:

الأوّل: ما قبض بالعقد الفاسد من بيع وصلح ونحوهما من العقود اللازمة الموجبة لانتقال الضمان بصحيحها فإنّه لا ريب أنّ اليد فيها ليست عادية ظالمة، فإن كانت أمانة مالكيّة كما يتوهّم بادئ بدء كان ينبغي أنّه لا يجب ردّها على الفور، وأنّها لو تلفت لم يضمن، مع أنّه يضمن قطعاً. ويجب عليه إعلامه أو ردّها

---

(١) وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب موانع الإرث ح ١٤ ج ١٧ ص ٣٧٧.

(٢) كنزالعرفان: في الإيداع ج ٢ ص ٧٧.

فوراً على الظاهر، فكانت أمانة شرعيّة.

فإن قلت: إنّها حصلت في يده بإذن المالك. قلت: ليس كذلك، لأنّه كان على وجه مخصوص، فكانت كما لو بطلت الشركة أو المضاربة والوديعة بجنون المستودع والمضارب والشريك أو موته. وهذه ـ أعني المضاربة والوديعة والوكالة والشركة ـ ونحوه ممّا لا يضمن بصحيح العقد منها إذا فسد عقدها كانت أمانة مالكيّة، فكان فرق بين فساد عقدها وبين بطلانه بما ذكر ومثل المقبوض بالعقد الفاسد ما لو اشترى المغصوب من الغاصب جاهلاً بالغصب. ونحوه ما لو دفع إليه المستودع ثوب نفسه بظنّ أنّه ثوبه أي المودع.

الثاني: أنّه ذكر في «التذكرة[1] والمهذّب البارع[2] وإيضاح النافع والمسالك[3] والروضة[4]» وكذا «الكفاية[5]» أنّ حكم الأمانة الشرعيّة وجوب الردّ والدفع على الفور كما في ما عدا الأوّل. وفيه ـ أي الأوّل ـ أنّه يجب الردّ مع التمكّن. وقد صرّح فيما يأتي من «الكتاب والحواشي وجامع المقاصد ومجمع البرهان» أنّه يجب عليه الإعلام. وهو الموافق للأُصول والاعتبار، لأنّه غير عادٍ غاصب، وإيجاب النقل عليه وكونه على الفور من دون طلب المالك، بل مع طلبه يحتاج إلى دليل. ولا نقول: إنّ الجاهل المستودع من الغاصب أو المشتري منه يجب عليه الردّ وإن كان ضامناً. نعم قد نقول بذلك في المستعير ونحوه على تأمّل، لأنّه قد أقدم على ذلك، وقد لا يكون صاحب المهذّب وصاحب الإيضاح مخالفين، لأنّ الدفع غير الردّ ويبقى الكلام في كلام من عبّر بوجوب الردّ كالكتب الأربعة، ويمكن حمله على وجوب الدفع ورفع اليد كما

(١) تذكرة الفقهاء: في تضييع الوديعة ج ٢ ص ٢٠٥ سطر ما قبل الأخير.
(٢) المهذّب البارع: في الوديعة ج ٣ ص ٨.
(٣) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٨٥.
(٤) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٣٦.
(٥) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٣.

سيصرّحون[1] به عند قولهم: «يجب على المستودع ردّ الوديعة إذا طلبها المالك، فتلتئم الكلمة» وقد يكون القائل بوجوب الردّ استند إلى ما ستسمعه من الأخبار.

الثالث: أنّه قيّد ذلك في «المهذّب[2] وإيضاح النافع» بعدم علم المالك، وقضيّته أنّه إذا علم لا يجب عليه نقله. وهو قضيّة «الكتاب» فيما يأتي[3] و«السرائر[4] والحواشي[5] وجامع المقاصد[6] ومجمع البرهان[7]» وبه صرّح في «التذكرة[8]» في مقامٍ آخر، بل هذا المقام من لوازم المقام الثاني، لكن قال في «المسالك[9]»: إنّهُ لافرق عندنا بين علم المالك بأنّها عنده وعدمه.

الرابع: قد استجود المقدّس الأردبيلي[10] قولهم بوجوب الإعلام في الأمانة الشرعية، وقال: إنّ القول بوجوب الردّ بل بجوازه سيّما مع كلّ من كان محلّ تأمّل، لأنّهُ تسليط الغير على مال الغير بغير إذن، فيمكن القول بالضمان لو تلف في الطريق من غير تقصير. وكذلك الضمان مع التأخير من غير تصرّف، بل بمجرّد وجوده في الدار بواسطة الريح ونحوه.

قلت: أمّا وجوب الإعلام فدليله الأخبار الواردة في طلب الأجير وصاحب الحقّ وقوله عليه السلام في خبر يونس[11] «تحملونهُ» وغير ذلك من فحاوي أخبار اللقطة،

---

(١) سيأتي في ص ٣٢٢ ـ ٣٢٥. (٢) المهذّب البارع: في الوديعة ج ٣ ص ٧.

(٣) يأتي في كتاب الغصب في موجب الثالث وهو اليد ويصير حسب تجزئتنا الجزء الثامن عشر فلا تغفل.

(٤) السرائر: في أحكام الوديعة ج ٢ ص ٤٣٥ ـ ٤٣٦.

(٥) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا. (٦) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ١١.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣٤٠.

(٨) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ١٩٧ س ١٢.

(٩) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٨٥.

(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ٩ ص ٣٤٠.

(١١) وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب اللقطة ح ٢ ج ١٧ ص ٣٥٧.

وهي عقدٌ يفيد الاستنابة في الحفظ.

بل قد يستدلّ عليه بقوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»[١] وإن كان مخصوصاً بالأمانات. وهذه الأخبار هي الّتي قلنا انّها يمكن أن تكون دليل القائلين بوجوب الردّ. ودليله ـ أي وجوب الإعلام ـ أيضاً الإجماع والاعتبار كما ستسمع، واستحبابه* لأنّا نقول بوجوبه، فدليله بعد الإجماع عليه على الظاهر، لأنّهم بين قائل بوجوبه وبين نافٍ له، خاصّة إنّ فحوى الحال يقتضي بأنّ** المالك يرضى بالبعث مع كلّ مَن كان، ولهذا كان متداولاً بين المسلمين في العواري والودائع، ولا يلزمون ردّها مع خصوص الثقة أو مع مَن أرسله معه الدافع، على أنّ هذين لا يجديان في دفع الضمان إن ثبت المنع من الردّ، بل لابدّ من التسليم يداً بيد. وفيه من المشقّة والعسر ما ترى.

وأمّا الضمان مع التأخير فقد طفحت به عباراتهم في الباب وغيره من غير نكير، لأنّ إثبات اليد على مال الغير موقوف على الإذن إلّا فيما اقتضته الضرورة، وهو ما قبل التمكّن من الإعلام والتخلية.

[في تعريف الوديعة]

قوله: ﴿وهي عقدٌ يفيد الاستنابة في الحفظ﴾ الوديعة مشروعة

---

* ـ كذا في نسختين، ولا يخفى وقوع خلل في العبارة وكأنّ صوابها هكذا: وأمّا جواز الردّ بالمعنى الأعمّ من وجوبه واستحبابه ... إلخ فلتراجع «مصحّحه».

** ـ كذا في نسختين، وكأنّ الصواب «يقتضي أن» أو «يقضي بأن» «مصحّحه».

---

(١) عوالي اللآلي: ج ٣ ص ٢٤٦ ح ٢ وص ٢٥١ ح ٣، سنن ابن ماجة: ج ٢ باب العارية ح ٢٤٠٠.

بالكتاب والسنّة والإجماع كما في «التذكرة[١] والمهذّب البارع[٢]» بل في الأخير إجماع الاُمّة.

وفي «الغنية[٣] والسرائر[٤]» أنّ ترك قبولها أولى ما لم يكن فيه ضرر على المودع. قلت: لا شبهة في رجحان قبولها مع عدم المانع.

ولو لم يكن هناك غيره ففي «التذكرة[٥]» أنّ الأقوى أنّه يجب عليه القبول، لأنّه من المصالح العامّة. وبالجملة: أنّ القبول واجب على الكفاية. وفي «مجمع البرهان[٦]» أنّ إيجاب حفظ مال على آخر بلا اُجرة ولا عوض يحتاج إلى دليلٍ قويّ، وكونه من المصالح العامّة بحيث يجب على الناس كلّهم ذلك غير ظاهر، انتهى. فتأمّل فيه، إذ الوديعة مبنيّة عندهم على التبرّع كما صرّح به جماعة[٧]، والأصل براءة الذمّة، فشغلها يحتاج إلى دليل نعم لا مانع من اشتراط العوض والاُجرة.

وهي في عرف الفقهاء العقد، وفي عرف اللغة والعرف العامّ المال الموضوع عند الغير ليحفظه كما في «التذكرة[٨]» وغيرها[٩]. وفي «التحرير[١٠]» أنّ حقيقتها استنابة في حفظ المال، وآتوا بالهاء لأنّهم ذهبوا بها إلى الأمانة. والحاصل: أنّها تطلق على العين وعلى العقد عليها وعلى فعل المودع.

وقد عرّفت في «النافع[١١] واللمعة[١٢]» بأنّها استنابة في الحفظ. وبها عرّف

(١ و ٥ و٨) تذكرة الفقهاء: في ماهية الوديعة ج ٢ ص ١٩٦ س ٢١ و٤١ و١٩.

(٢) المهذّب البارع: في الوديعة ج ٣ ص ٧. (٣) غنية النزوع: في الوديعة ص ٢٨٣.

(٤) السرائر: في أحكام الوديعة ج ٢ ص ٤٣٥.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٢٧٥.

(٧) كما في جامع المقاصد: في الوديعة ج٦ ص٨، والتذكرة: في ماهية الوديعة ج ٢ ص ١٩٧ س ١٣.

(٩) كجامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٧.

(١٠) تحرير الأحكام: في عقد الوديعة ج ٣ ص ١٩١.

(١١) المختصر النافع: في الوديعة ص ١٥٠.

(١٢) اللمعة الدمشقية: في الوديعة ص ١٥٤.

جائزة من الطرفين.

ولابدّ فيها من إيجاب ـ وهو كلّ لفظٍ دالّ على الاستنابة بـأيّ عبارة كان ـ

عقدها في «الشرائع[١]» وقد يعتذر[٢] عنهما معاً بأنّ الاستنابة تستلزم قبولها، لأنّها لو تجرّدت عنه لم تؤثّر، فصحّ تعريفها وتعريف عقدها به، لأنّهما بمعنى، أو يقال: إنّه لمّا كان التعريف للعقد كما هو المعلوم من مذهبهما في الأوّلين وصريح الثاني وكان المعتبر منه الإيجاب تسامح في إطلاقها عليه، أو يكون المراد بيان المقصود منها بالذات، لأنّ الاستنابة في الحفظ هي المقصودة أوّلاً وبالذات منها، فيخرج نحو الوكالة والمضاربة والإجارة، لأنّ المقصود بالذات منها غير الاستنابة. ولا ينتقض باللقطة إذا أراد الملتقط الحفظ خاصّة، لأنّها استنابة من المالك الحقيقي.

[في أنّ الوديعة جائزة من الطرفين]

قوله: ﴿جائزة من الطرفين﴾ كما طفحت به عباراتهم، وقد حكى عليه الإجماع في «التذكرة[٣]» ونفى عنه الخلاف في «المسالك[٤] ومجمع البرهان[٥] والكفاية[٦]» بل هو ضروري.

[في أنّه يجب فيها الإيجاب والقبول]

قوله: ﴿ولابدّ فيها من إيجاب ـ وهو كلّ لفظٍ دالّ على الاستنابة

---

(١) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٣.

(٢) كما في الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٢٩.

(٣) تذكرة الفقهاء: في ماهية الوديعة ج ٢ ص ١٩٦ س ٣٦.

(٤) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٨٤.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٢٧٦.

(٦) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٢.

وقبول، قولاً أو فعلاً دالاًّ على الرضا.

بأيّ عبارة كان ـ﴾ كما هو شأن العقود الجائزة فيكفي فيها كلّ لفظ دالّ عليها، بل التلويح والاستعطاء والإشارة المفهمة لمعناها. ولا تنحصر في لغةٍ دون اُخرى كما صرّح بذلك كلّه في «التذكرة[1]» وغيرها[2].

وهل يكون الإيجاب فعليّاً؟ لم أجد تصريحاً به إلّا في «مجمع البرهان[3] والكفاية[4] والرياض[5]» وحكاه في «الدروس[6]» عن التذكرة، ولم أجد فيها تصريحاً بذلك. وحكي في «المسالك[7]» عن بعض الأصحاب أنّ في قولهم «لو طرح الوديعة عنده لم يلزمه حفظها ما لم يقبلها» دلالة على جواز كون الإيجاب فعليّاً، لأنّ مفهومه أنّه لو قبلها لزمه حفظ المال الدالّ على تحقّق الوديعة، ولم يحصل من المالك إيجاب قولي، بل مجرّد الطرح. وقال: إنّه فاسد، لأنّ وجوب الحفظ المترتّب على الفرض أعمّ من كونه بسبب الوديعة، لأنّه قد يكون بسبب التصرّف بمال الغير.

هذا والظاهر أنّ الإشارة والتلويح والكناية لا تعدّ من الأفعال المعتبرة ولا من الأقوال، ويأتي تحقيق الحال بحيث يرتفع الاشتباه والإشكال.

قوله: ﴿وقبول، قولاً أو فعلاً دالاًّ على الرضا﴾ كما في «الشرائع[8] والتحرير[9] والتذكرة[10]» وغيرها[11] من غير خلاف في ذلك، لأنّ الغرض منه ـ أي القبول ـ الرضا بها، وربّما كان الفعل ـ وهو قبضها ـ أقوى من القول باعتبار التزامه

(١ و ١٠) تذكرة الفقهاء: في ماهية الوديعة ج ٢ ص ١٩٦ س ٣٧.

(٢ و ٧) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٧٨ و ٨٠.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٢٧٢ ـ ٢٧٣.

(٤) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩١.

(٥ و ١١) رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٤٤.

(٦) لم نعثر عليه في الدروس حسبما تصفّحناه فيه فراجع.

(٨) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٣.

(٩) تحرير الأحكام: في عقد الوديعة ج ٣ ص ١٩١.

به ودخوله في ضمانه حينئذٍ لو قصّر، بخلاف القبول القولي فإنّه وإن لزمه ذلك شرعاً إلّا أنّه ليس صريحاً في الالتزام من حيث إنّه عقد جائز، فإذا فسخه ولم يكن قبضه لم يظهر أثره، واليد توجب الحفظ إلى أن يردّه على مالكه، بل التزامه بحفظها بواسطة القبض إذا لم يحصل إيجاب أولى لعموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»[1] ولا كذلك مع تحقّق الإيجاب، لأنّ المستودع يصير أميناً لا يحكم بضمانه غالباً حتّى لو ادّعى ردّها يقبل قوله لاستئمانه، بخلاف اليد فإنّه قد لا يقبل منه دعوى التلف إلّا بالبيّنة.

وبهذا اتّضحت القوّة والأولويّة في عبارة «الروضة» لكنّه قال فيها[2] وفي «المسالك[3]»: إنّ فيه خروجاً عن باب العقود الّتي لا تتمّ إلّا بصيغة من الطرفين. ومن ثمّ قيل: إنّها إذن مجرّد لا عقد، وفرّع عليه عدم اعتبار القبول القولي. وأنت خبير بأنّ الوكالة والمضاربة والعارية من العقود الجائزة، ويكفي فيها القبول الفعلي، وقد عرفت أيضاً أنّ الإيجاب لا يشترط فيه أن يكون باللفظ الصريح، بل يكفي فيه الإشارة والكتابة[4] والتلويح، والمعروف أنّها عقد، فلو عزل المستودع نفسه انعزل وارتفعت الوديعة وبقي المال أمانة شرعيّة في يده يجب ردّه وإن لم يطلبه المالك، فإن أخّر ضمن، وإن كانت إذناً مجرّداً لا ينعزل بالعزل، بل يقع لغواً، كما لو أذن له في تناول طعامه فردّ الإذن فإنّ له الأكل بالإذن السابق كما ذكر ذلك في «التذكرة[5]». وفي «مجمع البرهان[6]» أنّه لم تظهر له ثمرة هذا الخلاف، وذكر أنّه قد

---

(١) عوالي اللآلي: ج ٣ ص ٢٤٦ ح ٢. (٢) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٣٠.

(٣) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٧٨.

(٤) الظاهر أنّ لفظ «الكتابة» في هذا الموضع ومواضع أُخرى مصحّف والصحيح هو «الكناية» كما سبق آنفاً وذلك لوضوح أنّ من كيفيّة البلاغة والفصاحة هي الإشارة والكناية والتلويح والتصريح، وأمّا الكتاب فهي من طرق البيان والتبيين لا من كيفيّاتهما، فتأمّل.

(٥) تذكرة الفقهاء: في ماهية الوديعة ج ٢ ص ١٩٧ س ١٥.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٢٧٢.

قيل في الثمرة: إنّه إن كان عقداً فلابدّ من كون القبول لفظاً وإلّا فلا، وإنّه إن كان عقداً فولد المودعة وديعة وإلّا فلا، وإنّ الصبيّ والمجنون لا يضمنان إذا استودعا إن كان عقداً وإلّا ضمنا، وهو جيّد جدّاً في الأوّل.

وتنقيح البحث: أنّ العقود الجائزة حيث يكون إيجابها وقبولها قوليين تكون عقوداً ويصحّ نظمها في سلك العقود الّتي لا تتمّ إلّا بصيغة من الطرفين، ويترتّب عليها العزل بالانعزال وغيره ممّا ذكر، وحيث يكون إيجابها أو قبولها بالإشارة أو الكتابة أو بالفعل كأن يقول له أو يكتب إليه: أقرضني مائة أو أعرني دابّتك (دابة ـ خ ل) أو أودعني دراهمك أو وكّلني في بيع كتابك، فيرسل إليه المائة أو الدابّة أو الدراهم أو الكتاب فإنّها من باب المعاطاة في العقود الجائزة، وقد عدّوا الإشارة والكتابة في باب البيع [١] من باب المعاطاة. فعدّ العقود الجائزة من العقود إنّما هو حيث يكون بصيغة من الطرفين، وقولهم «تكفي فيه الإشارة والإيجاب الفعلي والقبول الفعلي» معناه أنّها تكفي فيها المعاطاة الدالّة عَلَى إباحة التصرّف. ويشهد لذلك كلامهم في باب المعاطاة، وقولهم في العقود «الجائزة إنّ قبولها قول أو فعل» مسامحة قطعاً كما نبّه عليه المصنّف في عدّة مواضع من وكالة «التذكرة [٢]» وصرّح به في عاريتها [٣] وكما صرّح به المحقّق الثاني في باب الوكالة [٤] والمقدّس الأردبيلي [٥] في باب العارية قال: إنّ ذلك كلّه مسامحة ومساهلة.

وعساك تقول: إن كان كما ذكرت فهلّا قالوا: يكفي في الإيجاب أن يكون فعلاً؟ قلت: قد قالوا [٦] في الوكالة وغيرها: إنّ إيجابها بالكتابة والإشارة والتلويح،

---

(١) كما في الروضة البهية: في عقد البيع ج ٣ ص ٢٢٥.

(٢ و ٣) تذكرة الفقهاء: في الوكالة ج ٢ص ١١٤س ٥وص ١١٩س ١٥، وفي العارية ص ٢١١س ٣.

(٤) جامع المقاصد: في الوكالة ج ٨ ص ١٧٨.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: العارية ج ١٠ ص ٣٦١.

(٦) منهم المحقّق في الشرائع: في الوكالة ج ٢ ص ٤٢٥، والشهيد الثاني في الروضة: في ←

بل قالوا[1] في العارية: إنّه يكفي إيجابها قرينة الحال كحسن الظنّ بصديقه، وصرّحوا في المقام بأنّه ــ أي الإيجاب ــ يكون فعليّاً، ثمّ إنّ بعض أقسام الأمانة الخاصّة لا إيجاب فيها أصلاً لا قولاً ولا إشارة ولا تلويحاً.

وقولهم «إنّ قبولها ــ أي العقود الجائزة ــ فعل حتّى يكون المعنى أنّ العقد يتمّ به، فإذا حصل الإيجاب القولي والقبول الفعلي صارت عقداً» غير مراد قطعاً، لأنّ العقد تترتّب ثمرته عليه ولا تكون قبله، وثمرة العقود الجائزة جواز الانتفاع والتصرّف بعد العقد، فإذا جاز التصرّف بهذا القبول الفعلي لم يكن عقداً قطعاً، وإن كان عقداً لم يجز التصرّف به كما هو واضح إلّا أن يتجشّم له أنّه بالرضا قبله يتمّ العقد كما قال نحوه في الوكالة في «التذكرة[2]» أو ما قالوه في البيع الضمني ونحوه، مع أنّه لا يكاد يتمّ فيه، بل يقع بأنّهم لم يريدوه وعدم تعرّض الأكثر لما حرّرناه، لأنّ المهمّ في العقود الجائزة تحصيل الإذن من المالك والرضا بالتصرّف بعقدٍ أو بمعاطاة كما صرّح به في عارية «التذكرة[3]». لكنّهم اختاروا واستحبّوا ضبط الإيجاب فيها بالأمر الظاهر الكاشف عن المقاصد الباطنة، وهو القول والبيان المعبّر عمّا في ضمير الإنسان، والأفعال قاصرة عن ذلك غالباً، إذ غايتها الظنّ، ولا يغني، إذ هو مثار الاختلاف ومنشأ التنازع، فلذلك تعرّض الأكثر له، وإلّا فقد قال في «التذكرة[4]»: إنّه يكفي في العقود الجائزة الظنّ المستفاد من العبارات والألفاظ وما يقوم مقامها. بل قال: لا تفتقر إلى لفظ بل تكفي القرينة بخلاف العقود اللازمة

الوديعة ج ٤ ص ٢٣٠، وفي العارية ص ٢٥٥، والطباطبائي في الرياض: في الوكالة ج ٩ ص ٢٣٦، وفي الوديعة ص ١٤٤.

(١) منهم العلّامة في التذكرة: في العارية ج ٢ ص ٢١١ س ٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوكالة ج ٢ ص ١١٤ س ٦.

(٣) المصدر السابق: في العارية ج ٢ ص ٢١١ س ٥.

(٤) المصدر السابق: في ماهية الوديعة ج ٢ ص ١٩٧ س ٢.

ولابدّ من صدورهما من مكلّفٍ جائز التصرّف، فلو استودع من صبيٍّ أو مجنونٍ ضمن،

فإنّها موقوفة على ألفاظ خاصّة اعتبرها الشارع، ونحن لا نوافقه على الاكتفاء بالظنّ في جميع العقود الجائزة.

فقد اتّضح الحال، ولم يبق بعد اليوم في المسألة إشكال.

وحكى في «التذكرة[1]» عن بعض الشافعيّة أنّه إن كان المودع قد قال «أودعتك» وشبهه ممّا هو على صيغ العقود وجب القبول لفظاً وإن قال «احفظه» أو: «هو وديعة عندك» لم يفتقر إلى لفظ يدلّ على القبول كما في الوكالة. وفي «المسالك[2]» أنّه كلام موجّه، ولم يتّضح وجهه للمولى الأردبيلي[3] وغيره[4] بل استظهروا أنّه لافرق.

وكيف كان، فلا تجب المقارنة بين الإيجاب والقبول كما طفحت به عباراتهم ونفى عنه الخلاف في «المفاتيح[5]» وتشهد له إطلاقات الأخبار والفتاوى، ولولا ذلك لربّما تأمّلنا فيما إذا كان قوليّاً، فتأمّل.

[في اشتراط التكليف وجواز التصرّف في الطرفين]

قوله: ﴿ولابدّ من صدورهما من مكلّفٍ جائز التصرّف﴾ هذا ممّا لاريب فيه ولذلك تركه المعظم واكتفوا بما ستسمع.

قوله: ﴿فلو استودع من صبيٍّ أو مجنونٍ ضمن﴾ كما في «الشرائع[6]»

---

(١) تذكرة الفقهاء: في ماهية الوديعة ج ٢ ص ١٩٧ س ٢.

(٢) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٧٩.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٢٧٤.

(٤) كالطباطبائي في رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٤٤.

(٥) مفاتيح الشرائع: في اشتراط الإيجاب والقبول في الوديعة ج ٣ ص ١٦٢.

(٦) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٤.

إلّا إذا خاف تلفه فالأقرب سقوط الضمان،

والتذكرة[١] والإرشاد[٢] واللمعة[٣] والمسالك[٤] والروضة[٥] والمبسوط[٦] والسرائر[٧] والتحرير[٨]» غير أنّ من الثلاثة الأخيرة الاقتصار على الصبيّ ولم يذكر فيها المجنون، لأنّهما ليسا أهلاً للإذن، فيكون وضع يده على مالهما بغير إذنٍ شرعيّة فيضمن، سواءٌ كان المال لهما أو لغيرهما، ادّعيا الإذن في ذلك أم لا.

وقد أطلق الحكم بالضمان في الكتب المذكورة ما عدا التذكرة والمسالك والروضة بحيث يشمل ما لو علم تلفها في أيديهما وعدمه. ولعلّه لأنّه استولى على مال غيره بغير إذن. والأولى التقييد بما ذكره المصنّف وغيره كما ستسمع من أنّ ذلك إذا لم يخف تلفها في أيديهما فيقبضها بنيّة الحسبة، ولا ضمان لأنّه محسن، فيكون مأذوناً من الشارع.

[في سقوط التكليف إذا خاف التلف]

قوله: ﴿إلّا إذا خاف تلفه فالأقرب سقوط الضمان﴾ كما في «التذكرة[٩] وجامع المقاصد[١٠] والمسالك[١١] والروضة[١٢] ومجمع البرهان[١٣]

---

(١) تذكرة الفقهاء: في ماهية الوديعة ج ٢ ص ١٩٧ س ١٨.

(٢) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٧. (٣) اللمعة الدمشقية: في الوديعة ص ١٥٥.

(٤ و ١١) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩٣.

(٥ و ١٢) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٤٠.

(٦) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٦. (٧) السرائر: في الوديعة ج ٢ ص ٤٤٠.

(٨) الموجود في التحرير هو ذكر الصبيّ والمجنون، فراجع تحرير الأحكام: في عقد الوديعة ج ٣ ص ١٩٢.

(٩) تذكرة الفقهاء: في ماهية الوديعة ج ٢ ص ١٩٧ س ١٩.

(١٠) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٨.

(١٣) لم نعثر على هذه المسألة في المجمع في مظانّها كالوديعة والعارية والحجر. نعم ذكر مسألة الإيداع عند الصبيّ والمجنون في موارد مختلفة إلّا أنّ تلك غير هذه الّتي نحن بصددها، فراجع مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢٧٦ و ٣٠٢.

ولا يبرأُ بالردّ إليهما في الصورتين، بل إلى الوليّ.

ولا يصحّ أن يُستودعا، فإن أُودعا لم يضمنا بالإهمال.

والكفاية[١]» لما عرفت من أنّه محسن، وما على المحسن من سبيل.

[في وجوب ردّ مال الصبيّ والمجنون إلى الوليّ]

قوله: ﴿ولا يبرأُ بالردّ إليهما﴾ كما هو ظاهر. وبه صرّح في «المبسوط[٢] والسرائر[٣] والشرائع[٤] والإرشاد[٥]» وغيرها[٦].

قوله: ﴿في الصورتين﴾ يعني صورتي خوف التلف وعدمه.

قوله: ﴿بل إلى الوليّ﴾ أي الخاصّ أو العام مع تعذّره.

[في ما لو أودع ماله الصبيّ والمجنون]

قوله: ﴿ولا يصحّ أن يُستودعا، فإن أُودعا لم يضمنا بالإهمال﴾ كما هو قضيّة «المبسوط[٧] والسرائر[٨]» وصريح «الشرائع[٩] والتذكرة» في الحجر[١٠] والباب و«التحرير[١١]» في البابين أيضاً و«الإرشاد[١٢] وجامع المقاصد[١٣]» في أثناء

---

(١) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٣.

(٢ و٧) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٦.

(٣ و٨) السرائر: في أحكام الوديعة ج ٢ ص ٤٤١.

(٤ و٩) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٤.

(٥ و١٢) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٧.

(٦) كمسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩٣.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في شرائط الوديعة ج ٢ ص ١٩٧ س ٢١، وفي الحجر ص ٧٨ س ٣٤.

(١١) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٣٩، وفي الوديعة ج ٣ ص ١٩٢.

(١٣) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٩.

كلامٍ له في المقام و«المسالك[١] ومجمع البرهان[٢] والكفاية[٣]».

وبعدم ضمانهما لو تلفت اللقطة في يدهما جزم في لقطة «التذكرة[٤] وجامع المقاصد[٥]» لأنّ الضمان باعتبار إهمالهما إنّما يثبت حيث يجب الحفظ، والوجوب لا يتعلّق بهما، لأنّه من خطاب الشرع، ولا يعارضه قوله صلى الله عليه وآله «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»[٦] لأنّ «على» ظاهرة في وجوب الدفع أو الحفظ، فيكون من خطاب الشرع أيضاً. فليتأمّل فإنّهم قد جعلوه[٧] في باب الغصب من خطاب الوضع. وقرّب المصنّف في لقطة «الكتاب[٨]» وولده[٩] ضمانهما لو تلفت اللقطة في يدهما، وتعليلهم بأنّ المودع سبب في إتلاف ماله حيث أودعه من لا يكلّف بحفظه لعلّه تقريبي، فإنّ من دفع ماله إلى مكلّف يعلم أنّه يتلفه يكون متلفاً لماله مع أنّ قابضه يضمنه، ولعلّ الفرق ظاهر بالتكليف وعدمه[١٠].

وليعلم أنّه في حجر «جامع المقاصد[١١]» قال: إنّ التفريط لا يكاد يقصر عن

---

(١) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩٣.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في الوديعة ج ١٠ ص ٢٧٦.

(٣) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٣. (٤) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٥ س ٢٣.

(٥ و ١١) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٣ و ٢٠٠.

(٦) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٢٢٤ ح ١٠٦، السنن الكبرى للبيهقي: باب ردّ المغصوب إذا كان باقياً ج ٦ ص ٩٥.

(٧) كما في جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٢٢٥، والروضة البهية: في الغصب ج ٧ ص ٢٥، وكفاية الأحكام: في الغصب ج ٢ ص ٦٤٩.

(٨) قواعد الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٢٠٨. (٩) إيضاح الفوائد: في اللقطة ج ٢ ص ١٥٢.

(١٠) أقول: لا يخفى عليك أنّ مقتضى «لاضرر» حسب ما بيّناه في رسالتنا حول هذه القاعدة المسمّاة «برفع الغرر عن قاعدة لاضرر» هو حرمة الوديعة أو مطلق وضع المال أو تركه عند مَن لا يأمن إتلافه أو تضييعه فإنّه ضرر منهيّ عنه بمقتضاها ومقتضى غيرها من الأخبار بل وبمقتضى العقل أيضاً، ولا فرق في ذلك بين الصبيّ والمجنون وبين مكلّف يعلم أنه يتلفه. وقد أشرنا إلى ذلك في بعض الهوامش المتقدّمة، فراجع.

أمّا لو أكلها الصبيّ أو أتلفها فالأقرب الضمان.

الإتلاف، فلا فرق عنده بين هذه وما يأتي. وقد تقدّم[١] في باب الحجر ما له نفعٌ في المقام.

[فيما لو استفاد الصبيّ أو المجنون من الوديعة]

قوله: ﴿أمّا لو أكلها الصبيّ أو أتلفها فالأقرب الضمان﴾ كما في «المبسوط[٢] والسرائر[٣]» في ظاهرهما أو صريحهما وظاهر «الشرائع[٤] والإرشاد[٥]» وصريح «التذكرة[٦] والتحرير[٧]» في الباب و«المسالك[٨]» وقيّد في «الحواشي[٩] وجامع المقاصد[١٠]» بما إذا كان مميّزاً. وقد قطع به ـ أي الضمان ـ في الثاني، وقوّاه فيه إذا لم يكن مميّزاً في الباب، وفي باب الحجر الحكم بعدم الضمان في غير المميّز. وقرّب عدم الضمان مطلقاً في حجر «التذكرة[١١] والتحرير[١٢]» وجزم في لقطتهما[١٣] ولقطة «الكتاب[١٤] وجامع المقاصد[١٥]» بالضمان.

حجّة الأولين أنّ الإتلاف لمال الغير سبب في ضمانه إذا وقع بغير إذنه،

---

(١) تقدّم في ج ١٦ ص ١٤١ ـ ١٤٣.

(٢) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٦.

(٣) السرائر: في الوديعة ج ٢ ص ٤٤١.

(٤) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٤.

(٥) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٧.

(٦) تذكرة الفقهاء: في شرائط الوديعة ج ٢ ص ١٩٧ س ٢٣.

(٧) تحرير الأحكام: في عقد الوديعة ج ٣ ص ١٩٢.

(٨) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩٣.

(٩) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.

(١٠) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٩ ـ ١٠، وفي الحجر ج ٥ ص ٢٠٠.

(١١) تذكرة الفقهاء: في الحجر ج ٢ ص ٧٨ س ٣٤.

(١٢) تحرير الأحكام: في الحجر ج ٢ ص ٥٣٩.

(١٣) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٥ س ٢٣، وتحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٧.

(١٤) قواعد الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٢٠٨.

(١٥) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٢.

والأسباب من باب خطاب الوضع يشترك فيها (فيه ـ خ ل) الصغير والكبير.

وحجّة «الحواشي والجامع» أنّ غير المميّز لا قصد له فكان كالدابّة. وبه قال في الثاني[١]: إنّ المميّز يضمن قطعاً لوجود المقتضي وانتفاء المانع، إذ عدم بلوغه لا يصلح لأن يكون مانعاً خصوصاً المراهق، فإنّه كالبالغ في فعله وقصده وركون الناس إليه. نعم لا يضمن بالتقصير لعدم وجوب الحفظ عليه، ثمّ فرّق بين وضع يده عدواناً فتتلف العين في يده فيضمن، وبين ما إذا كان الوضع بإذن المالك وتسليطه فتتلف بتقصيره في الحفظ.

وفيه أوّلاً: أنّ المقتضي للضمان ـ وهو الإتلاف ـ موجود، والمانع غير صالح للمانعية، إذ القصد لا مدخل له في الضمان وعدمه كما يعلم من نظائره، سلّمنا لكن قد عدّ قصد الصبي كلا قصد في مواضع، بل عدّوا جميعاً عمده وقصده خطأً في القتل.

وثانياً: أنّك قد عرفت أنّ التفريط لم يقصر عن الإتلاف عنده، وقد عرفت أنّ المالك وإن كان قد عرضه للإتلاف بسبب تسليطه لكن ذلك غير كافٍ في سقوط الضمان لو باشره ولو بالتفريط.

وثالثاً: أنّ ذلك كلّه فرع وجود دليل يدلّ على السببيّة مطلقاً، ولم نجد إلّا قوله صلى الله عليه وآله «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» وهو مختصّ بالمكلّف كما تقدّم، ويشهد له التعريف المشهور للحكم، فإن وجد ما يدلّ عليها كذلك فلا كلام، وإلّا فعدم الضمان هو الأشبه بالأُصول والضوابط كما سمعته عن حجر «التذكرة والتحرير» لكنّ في «المبسوط[٢] والسرائر[٣]» وغيرهما[٤] أنّ الصبيّ والبالغ في إتلاف الأموال سواء، وقد قطع جماعة بذلك في عدّة مواضع، منها أنّهم قالوا: لو أتلف المال بدون إيداع المالك ضمن قطعاً، صرّح بذلك في «جامع المقاصد[٥]» وقال: إنّ المميّز إذا

(١) جامع المقاصد: في الوديعة ج٦ص٩.
(٢) المبسوط: في الوديعة ج ٤ص١٤٦.
(٣) السرائر: في الوديعة ج ٢ ص ٤٤١.
(٤) كمسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩٣.
(٥) تقدّم في الصفحة السابقة.

أتلف يضمن قطعاً. وقال في «المبسوط[١]»: ما يتلف في يد الصبيّ على ثلاثة أضرب، الأوّل: ما يدفع إليه باختياره ويسلّطه على هلاكه وإتلافه، كما إذا باعه أو أقرضه أو وهبه فلا ضمان هنا على الصبي. الثاني: ما لم يسلّطه عليه ولم يختر هلاكه كما إذا أتلف الصبي مال رجل عدواناً. الثالث: ما إذا دفعه إليه باختياره ولم يسلّطه على إتلافه. وهو ما إذا أودعه إيّاه ... إلى آخر ما ذكره.

وقد يكون مستندهم الخبر المشهور «على اليد ما أخذت» بتوجيه يلائم ذلك، لأنّ الخبر ذو وجوه، أو الخبر الّذي رواه المحمّدون[٢] عن السكوني قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «من أخرج ميزاباً أو كنيفاً أو أوتد وتداً أو أوثق دابّةً أو حفر بئراً في طريق المسلمين فأصاب شيئاً فعطب فهو له ضامن» لأنّه يرجع بالأخرة إلى مَن عطب شيئاً فهو له ضامن، إلّا أن تقول: إنّهُ يفهم من سوق الخبر أنّه في المكلّف وأنّه مقيّد بكونه في الطريق. وقد يجاب[٣] عن هذا الأخير بأنّه لا قائل بالفصل. وقد تقدّم تمام الكلام في باب الحجر[٤] وكذا البيع هذا. وفي «التحرير[٥]» أنّه لو أودع المجنون لم يضمن بالإتلاف مباشرةً وتسبيباً. وفي «الحواشي[٦]» أن المجنون كالصبيّ خلافاً للتحرير. قلت: ولم يتعرّض في «المبسوط» لذكر المجنون أصلاً وقد ذكرا معاً في بقية الكتب المذكورة معه آنفاً.

---

(١) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٥.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٤ ص ١٥٤ ح ٥٣٤٣، الكافي: ج ٧ ص ٣٥٠ ح ٨، تهذيب الأحكام: ج ١٠ ص ٢٣٠ ح ٩٠٨، وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب الديات ح ١ ج ١٩ ص ١٨٢.

(٣) لم نعثر على هذا المُجيب حسبما تصفّحناه في الكتب الّتي بأيدينا، إلّا أنّ الظاهر من عبارة المسالك المحكية في ج ١٦ ص ١٤٧ هو ذلك حيث استدلّ على ضمان الصبيّ عند إتلافه المال المودع أو المعار عنده بأنّ إتلاف مال الغير مع عدم الإذن فيه سبب في الضمان والأسباب من باب خطاب الوضع لا يتوقف على التكليف، فراجع.

(٤) تقدّم في ج ١٦ ص ١٤١ ـ ١٤٣ وج ١٢ ص ٥٥٠ ـ ٥٥١ من الطبع الجديد.

(٥) تحرير الأحكام: في عقد الوديعة ج ٣ ص ١٩٢.

(٦) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.

ولو استُودع العبد فأتلف فالأقرب أنّه يتبع بها بعد العتق،

[في حكم إيداع الوديعة عند العبد]

قوله: ﴿ولو استُودع العبد فأتلف فالأقرب أنّه يتبع به بعد العتق﴾ أي سواء أذن المولى في قبوله الوديعة أم لا كما في «التذكرة[1] والإيضاح[2] وجامع المقاصد[3]» وهو الّذي قوّاه في «المبسوط[4]» في آخر كلامه. ولا تصغ إلى ما نقل[5] عنه خلافه، لأنّه لا يلزم سيّده ما أتلفه، ولا مال له فيجب أن يتبع به إذا صار مالكاً، وذلك إنّما يكون بعد العتق.

وفي «التحرير[6]» أنّ الضمان يتعلّق بكسبه إذا أذن المولى في قبوله الوديعة، لأنّ الإذن في الشيء إذنٌ في لوازمه، ومن جملتها الضمان عند الإتلاف.

وفيه: أنّ الإذن في قبول الوديعة لا يستلزم الإذن في إتلافها، ولا يستلزم ضمانها عند إتلافها. والأصل وعموم ﴿ولا تزر وازرةٌ وزر أُخرى﴾[7] دالّان على ذلك. نعم إذا أذن السيّد له في الإتلاف تعلّق الضمان به، إذ لا ذمّة للعبد. هذا حكم ما إذا أتلف.

وأمّا إذا قصّر في الحفظ فتلفت، فإن كان قد قبل بدون إذن المولى فلا شيء لمالكها كما في «جامع المقاصد[8]» لعدم جواز قبولها وعدم وجوب الحفظ عليه

---

(١) تذكرة الفقهاء: في شرائط الوديعة ج ٢ ص ١٩٧ س ٢٧.

(٢) إيضاح الفوائد: في الوديعة ج ٢ ص ١١٤.

(٣ و٨) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ١٠ و١١.

(٤) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٧.

(٥) نقله عنه المحقّق الكركي في جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ١٠.

(٦) تحرير الأحكام: في عقد الوديعة ج ٣ ص ١٩٢.

(٧) الأنعام: ١٦٤.

ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه الحفظ إذا لم يقبلها،

وتضييع المال من المالك، فتأمّل. وفي «التذكرة[١] والتحرير[٢]» أنّه يتعلّق بذمّته يتبع به. وإن كان قبل بإذنه ففي «التحرير» أنّه يتعلّق بكسبه. وفي «التذكرة وجامع المقاصد» أنّه يتعلّق بذمّته، وهو جيّد. وإن كان تفريط العبد من المولى ولو بمنعه من الحفظ فالضمان على المولى كما في «جامع المقاصد[٣]».

[في لزوم القبول في الوديعة من المستودع]

قوله: ﴿ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه الحفظ إذا لم يقبلها﴾ كما في «الشرائع[٤] والتذكرة[٥] والتحرير[٦] والإرشاد[٧] ومجمع البرهان[٨]» وكذا «اللمعة[٩] والروضة[١٠]».

والقبول في العبارة وما ذكر معها أعمّ من كونه قوليّاً أو فعليّاً. ويرشد إليه قولهم: طرح الوديعة، فإنّ في تسميتها وديعة قرينة على أنّ المراد بالطرح الإيداع، وقد عرفت أنّ الإيجاب يحصل بالإشارة والتلويح، ثمّ إنّ القبول يقتضي سبق إيجاب، فيؤذن بأنّه استفاد من الطرح الإيجاب، على أنّه لا ريب أنّ الظاهر من القبول هو القبول القولي.

ثمّ إن دعوى «أن ليس المراد من طرحها لديه حفظها عنده» لا تكاد تُسمع، بل تكون حينئذٍ أمانة شرعيّة كما ستسمع، فلم يتّجه ما في «المسالك[١١]» من أنّ المراد

(١ و٥) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ١٩٧ س ٢٧ و٦.
(٢ و٦) تحرير الأحكام: في عقد الوديعة ج ٣ ص ١٩٢.
(٣) جامع المقاصد: في الوديعة ج٦ ص١١. (٤) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٣.
(٧) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٧.
(٨) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٢٨٤ ـ ٢٨٥.
(٩) اللمعة الدمشقية: في الوديعة ص ١٥٤.
(١٠) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٣٠.
(١١) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٧٩.

وكذا لو أُكره على قبضها، ولا يضمنها لو تلفت وإن أهمل،

بالقبول هنا القبول الفعلي خاصّة، لأنّ القبول اللفظي غير كافٍ في تحقّق الوديعة قطعاً، ولم يحصل هنا بمجرّد الطرح. وأمّا الفعل فقد عرفت أنّه يجب معه الحفظ، سواء تحقّقت به الوديعة أم لا، نظراً إلى ثبوت حكم اليد، وحيث يحصل القبول الفعلي هنا إنّما يجب حفظها لأنّها تصير وديعة شرعيّة، انتهى. ونحوه ما في «الروضة [1]» وفيه أيضاً: أنّها إذا لم تكن وديعة تكون أمانة شرعيّة يجب ردّها في الحال على مختاره إذ وضع اليد على مال الغير على وجهٍ شرعي بدون إذن المالك هو الأمانة الشرعيّة.

وممّا ذكر يظهر لك الحال في الوجوه الأربعة الّتي ذكرها في «المسالك» في طرح الوديعة عنده، إذ من الوجوه الأربعة أن يضعها عنده ولم يحصل منه ما يدلّ على الاستنابة إشارةً ولا تلويحاً، فيقبلها فعلاً، فقد قال: إنّه يضمنها ويجب عليه حفظها إلى أن يردّها للخبر، فإنّها في هذه الصورة أمانة شرعيّة ولا ضمان، ووجوب الحفظ مع الضمان كأنّه متدافع، ثمّ إنّ هذا هو الّذي قلنا آنفاً أنّه لا يكاد يُسمع.

[في عدم ضمان المكره إذا تلفت]

قوله: ﴿وكذا لو أُكره على قبضها، ولا يضمنها لو تلفت وإن أهمل﴾ أي لا يلزمه الحفظ، ووجه الحكمين ظاهر. وبه صرّح جماعة [2] وقالوا: إلّا أن يضع يده عليها اختياراً بعد زوال الإكراه، فإنّه يجب عليه الحفظ بسبب إثبات اليد. وهل تصير بذلك أمانة شرعية أو وديعة؟ احتمالان. ويمكن الفرق بين وضع اليد عليها اختياراً بنيّة الاستيداع وعدمه، فيضمن على الثاني دون الأوّل إعطاءً لكلّ واحدٍ

(١) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٣٠.

(٢) منهم الشهيد الأوّل في اللمعة: في الوديعة ص ١٥٤، والشهيد الثاني في الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٣٠، والمحقّق السبزواري في الكفاية: في الوديعة ج ١ ص ٦٩١ ـ ٦٩٢.

أمّا لو استُودع مختاراً فإنّه يجب عليه الحفظ.

حكمه، كما ذكر ذلك كلّهُ في «المسالك[١] والكفاية[٢] والرياض[٣]». وفيه نظر ظاهر، لأنّه حيث يضع يده عليها اختياراً بنيّة الاستيداع لا مجال لاحتمال كونها أمانة شرعيّة، لكونها بإذن المالك، مضافاً إلى أنّ القبول الفعلي إن كان يتمّ به العقد كما اختاره هؤلاء كان كالإكراه في البيع إذا تعقّبه الرضا، فتكون وديعة، وإلّا كان من معاطاة الوديعة كما هو المختار، وكذلك إن وضع يده لا بنيّة الاستيداع لاتكون أمانة شرعيّة، لمكان إذن المالك. ولقد أغرب صاحب «الرياض[٤]» وكذا صاحب «المفاتيح[٥]» قال في «الرياض»: لو وضع يده عليها مختاراً ضمن جدّاً لعموم الخبر. وهل تصير بذلك وديعة أم أمانة شرعيّة؟... إلى آخره، لأنّهُ بعد حكمه بالضمان كيف يصحّ له أن يحتمل أنّها وديعة أو أمانة شرعيّة.

[في لزوم حفظ الوديعة على المستودع المختار]

قوله: ﴿أمّا لو استُودع مختاراً فإنّهُ يجب عليه الحفظ﴾ كما صرّحت به عباراتهم، وفي «مجمع البرهان[٦]» الظاهر أنّهُ لا خلاف فيه.

قلت: والعقل يحكم به، لأنّ ترك الحفظ إضاعة لمال من استأمنهُ على حفظه وعوّل في ذلك عليه واستراح إليه، وهو قبيح، مع أنّ إضاعة المال مطلقاً قبيحة. وأيضاً فإنّه وفاء بمقتضى العقد الجائز وإتيان بالشرط. وقضيّة إطلاق الفتاوى قاطبة أنّه متى قبل وجب عليه الحفظ، سواء وجب عليه القبول عيناً أو كفايةً أو استحبّ

---

(١) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٨١.
(٢) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩١ ـ ٦٩٢.
(٣ و ٤) رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٤٥.
(٥) مفاتيح الشرائع: في اشتراط الإيجاب والقبول في الوديعة ج ٣ ص ١٦٢.
(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٢٧٩.

وتبطل بموت كلّ واحدٍ منهما وبجنونه وإغمائه وبعزله نفسه.

له أو حرم عليه، كما إذا حرم عليه القبول لكونه لا يثق من نفسه، وقد قبل، فوجوب الحفظ حينئذٍ ظاهر. وأمّا إن كان لخوفه على نفسه أو غيره فإنّه يجب عليه ردّها، ولو أبقاها وفعل حراماً وجب عليه حفظها ولا يضمنها كالأمانة الشرعيّة والغاصب، كما إذا عرض الخوف بعد قبولها وبقائها عنده. نعم قد يتأمّل في العاجز، وبذلك يظهر ما في «المسالك[1]».

والمراد أنّه يجب عليه الحفظ مادام مستودعاً، لأنّ ذلك مقتضى التعليق على الوصف، وإلّا فإنّ الوديعة يجوز ردّها في كلّ وقت، وذلك ينافي وجوب الحفظ قولك: غاية ما يفرض أن يفسخ فيها في الحال، ومع ذلك يجب عليه حفظها إلى أن يردّها إلى مالكها، فقد صدق وجوب الحفظ على كلّ حال في الجملة، جوابهُ أنّه قد لا يتحقّق وجوب الحفظ فيها كما إذا كان المستودع مصاحباً له مقيماً معه بحيث لا يتوقّف الردّ على زمان، أو نقول: إنّ الواجب أحد الأمرين إمّا الحفظ أو الردّ على المالك، فالحفظ واجب مخيّر يصحّ إطلاق الوجوب عليه بقولٍ مطلق، وقد تقدّم الكلام في أنّه هل يستحقّ عليه اُجرة أم لا.

[في ما تبطل به الوديعة]

قوله: ﴿وتبطل بموت كلّ واحدٍ منهما وبجنونه وإغمائه وبعزله نفسه﴾ كما هو الشأن في العقود الجائزة، والأمر فيه واضح، ولذلك تركه الأكثر فتبطل بالأربعة المذكورة.

فإذا اتّفق أحد الثلاثة في المودع وجب ردّها إلى وارثه أو وليّه، أو الإعلام

---

(١) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٨٢.

وإذا انفسخت بقيت أمانةً شرعيّةً في يده فلا يقبل قوله في الردّ، كالثوب يطيره الريح إلى داره. ويجب عليه إعلام صاحبه به، فإن أخّر متمكّناً ضمن.

على اختلاف الرأيين كما تقدّم[1]، ومع عدم العلم بانحصار الإرث في الوارث الظاهر فظاهر كلام بعضهم[2] وصريح «المسالك[3]» عدم وجوب الردّ بل عدم الجواز، والظاهر وجوبه أو جوازه، إذ الأصل عدم وارث آخر مع العلم باستحقاق الموجود، ولا يعارضه أصل عدم استحقاقه للكلّ، لانحلاله إلى أصل وجود، بخلاف الأوّل فإنّه عدمٌ محض، والظاهر عدم وجود المانع، فكان الأصل الأوّل معتضداً بالظاهر. وإن شئت قلت: المقتضي موجود والظاهر عدم وجود المانع. نعم لا يجوز مع الشكّ في كونه الوارث، فتأمّل ذلك لتعرف حال ما في «المسالك».

وإن اتّفق أحد الأربعة في المستودع وجب عليه ردّها إليه في صورة الفسخ، أو إعلامه بذلك، وعلى وليّه في صورة الجنون والإغماء، وعلى وارثه في صورة الموت أو الإعلام.

وبقي هنا شيء، وهي كما أنّها تبطل بهذه الأشياء تبطل بأسباب الضمان جميعها الستّة أو السبعة قطعاً كما صرّحوا به جميعاً، فينبغي ملاحظة التوجيه.

[في أنّ الوديعة أمانة عند انفساخها]

قوله: ﴿وإذا انفسخت بقيت أمانةً شرعيّةً في يده، فلا يقبل قوله في الردّ، كالثوب يطيره الريح إلى داره. ويجب عليه إعلام صاحبه

---

(١) تقدّم في ص ١٩٤ ـ ١٩٥.

(٢) كما في جامع المقاصد: في الإقرار ج ٩ ص ٣٦١، ومجمع الفائدة والبرهان: في الإقرار ج ٩ ص ٤٥٤.

(٣) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٨٥.

الفصل الثاني: في موجبات الضمان

وينظمها شيءٌ واحد وهو التقصير،

به، فإن أخّر متمكّناً ضمن﴾ قد تقدّم الكلام في أوّل الباب[١] في أنّ الواجب في الأمانة الشرعيّة هو الردّ والدفع أو الإعلام. وأمّا كونه فوراً فلأنّه دخل تحت يده بغير إذن المالك، فيقتصر في الحكم بنفي الضمان والإثم على مقدار الضرورة. وحكى الشهيد[٢] عن الفخر أنّه لا يضمن إذا أخّر متمكّناً إلّا مع التصرّف. وأمّا أنّهُ لا يضمن إذا لم يتمكّن من الإعلام فوراً فلأنّه غير غاصب، وقد دخل تحت يده بغير سعيه أو بطريق إحسان، فامتنع كونه ضامناً. وسيستشكل المصنّف في وجوب الإعلام في فصل الأحكام[٣].

﴿الفصل الثاني: في موجبات الضمان﴾
[في أنّ تقصير الودعي في الحفظ يوجب الضمان]

قوله: ﴿وينظمها شيءٌ واحد وهو التقصير﴾ الوديعة تستتبع أمرين: الضمان عند التلف والردّ عند البقاء، لكنّ الضمان لا يجب على الإطلاق، بل إنّما يجب عند وجود أحد أسبابه، وينظمها شيءٌ واحد وهو التقصير، ولو انتفى التقصير فلا ضمان بالإجماع. قال في «التذكرة[٤]»: إنّ عدم الضمان حينئذٍ منقول عن أمير المؤمنين عليه‌السلام وعن أبي بكر وعمر وابن مسعود وجابر، ولم يظهر لهم مخالف، فكان إجماعاً.

---

(١) تقدّم في ص ١٩٤ ـ ١٩٥.

(٢) لم نعثر على هذه الحكاية للشهيد عن الفخر في شيءٍ من كتبه الموجودة، فراجع لعلّك تجدها.

(٣) سيأتي في ص ٣٤٠ و٣٤٢ ما يدلّ على وجوب تعريفها وأنها في الحقيقة كاللقطة وأنّ المصنّف رحمه‌الله استشكل في ذلك ولكن لم يجئ ما يدلّ على وجوب الإعلام بلفظه والإشكال منه فيه صريحاً، فراجع.

(٤) تذكرة الفقهاء: في شرائط الوديعة ج ٢ ص ١٩٨ س ٤.

وأسبابه ستّة:

الأوّل: الانتفاع، فلو لبس الثوب أو ركب الدابّة ضمن، إلّا أن يركب لدفع الجموح عند السقي أو يلبس لدفع الدود عند الحرّ.

[في أنّ الانتفاع من الوديعة يوجب الضمان]

قوله: ﴿وأسبابه ستّة، الأوّل: الانتفاع، فلو لبس الثوب أو ركب الدابّة ضمن، إلّا أن يركب لدفع الجموح عند السقي أو يلبس لدفع الدود عند الحرّ﴾ إذا استودعه دابّةً فركبها أو ثوباً فلبسه أو جاريةً فاستخدمها أو كتاباً فنظر فيه أو نسخ منه أو خاتماً فوضعه في إصبعه للتزيين لا للحفظ، فكلّ ذلك وما أشبهه خيانة توجب التضمين عند فقهاء الإسلام لا نعلم فيه خلافاً كما في «التذكرة» وقال: هذا إذا انتفى السبب المبيح للاستعمال، أمّا إذا وجد السبب المبيح للاستعمال لم يجب الضمان. وذلك أنّه يلبس الثوب الصوف الّذي يفسده الدود للحفظ، فإنّ مثل هذه الثياب يجب على المستودع نشرها وتعريضها للريح، بل يجب لبسها إذا لم يندفع إلّا بأن يلبسها ويعبق فيها رائحة الآدمي، ولو لم يفعل ففسدت كان عليه الضمان، سواء أذن المالك أو سكت[1]. ولو احتاج حفظ الدابّة المستودعة إلى أن يركبها المستودع إمّا ليخرج بها إلى السقي أو الرعي وكانت لا تنقاد إلّا بالركوب فلا ضمان، ولو كانت تنقاد بغير ركوب فركب ضمن إلّا مع عجزه عن سقيها أو رعيها بدون ركوب فإنّه يجوز ولا يضمن.

وينبغي التنبيه على شيءٍ آخر، وهو أنّ قضيّة هذا الإجماع المحكيّ عن فقهاء الإسلام أنّ مخالفة المالك في مثل ذلك من حيث هي موجبة للضمان وسبب فيه كما هو قضيّة إجماعه الآخر. قال في «التذكرة»: إذا صارت الوديعة مضمونة على

---

(١) تذكرة الفقهاء: في شرائط الوديعة ج ٢ ص ١٩٨ س ٨.

المستودع إمّا بنقل الوديعة وإخراجها من الحرز أو باستعمالها كركوب الدابّة ولبس الثوب أو بغيرها من أسباب الضمان، ثمّ إنّه ترك الخيانة وردّ الوديعة إلى مكانها وخلع الثوب لم يبرأ بذلك عند علمائنا أجمع ولم يزل عنه الضمان، ولم تعد أمانته[1]. إلى غير ذلك من المواضع الكثيرة من التذكرة وغيرها، كما يأتي في مطاوي مباحث الباب.

وقال في «التذكرة»: يجب على المستودع اعتماد ما أمره المالك في كيفيّة الحفظ. فإذا أمره بالحفظ على وجهٍ مخصوص فعدل عنه إلى وجهٍ آخر وتلفت الوديعة، فإن كان التلف بسبب الجهة المعدول إليها ضمن وكانت المخالفة تقصيراً، ولو حصل التلف بسببٍ آخر فلا ضمان[2]. وهذا يدلّ على أنّ مجرّد المخالفة ليست سبباً للضمان، بل هي مع التلف بسببيّتها. وقد يستدلّ عليه كما في «مجمع البرهان[3]» بالأصل والآية والأخبار الكثيرة الدالّة على عدم الضمان بالكلّيّة كما ستسمع، خرج عنه ما تحقّق فيه التلف بسبب المخالفة لدليله وبقي الباقي، وبأنّه ما تلف بسبب المخالفة فلا معنى لتضمينه، ومجرّد مخالفته الّتي لا تجوز إذا لم تؤدّ إلى التلف لا يحكم العقل بسببيّتها للضمان، وليس في النقل ما يدلّ على ذلك صريحاً، ولكن ذلك لا يقاوم الإجماعين المتقدّمين، بل العلم بالإجماع يحصل للمتتبّع كلام القوم في الباب. والأصل في ذلك إطباقهم ـ كما يأتي ـ على بطلان الوديعة وأنّه صار غاصباً خائناً، فكان موافقاً للقواعد. ويجيء على القول بالمعاطاة عدم البطلان إلّا أن يقال إنّ إباحتها على نحو عقدها، فتكون مخصوصة بعدم التعدّي والتفريط.

وقد يمكن الجمع بين الكلام الأخير والإجماع الأوّل بأنّه في الأوّل وضع يده

---

(١) تذكرة الفقهاء: في شرائط الوديعة ج ٢ ص ١٩٨ س ٣٦.

(٢) المصدر السابق: في كيفية حفظ الوديعة ج ٢ ص ٢٠٣ س ٣٥.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٢٨١.

وكذا يضمن لو أخرج الدراهم من كيسها لينتفع بها ـ وإن كان الكيس ملكه ـ ثمّ أعادها إليه.

على الدابّة والخاتم والثوب مثلاً بغير وجهٍ شرعي حيث ركب ولبس، فكان ضامناً حتّى يتجدّد له الاستيداع من المالك، بخلاف الصورة الأخيرة، فإنّه فيها إنّما قصّر في الحفظ، لكنّه إن تمّ لا يتمّ في الإجماع الثاني ولا في غيره من العبارات كقولهم: إنّ أسباب الضمان ستّة أو سبعة ينظمها شيءٌ واحد وهو التقصير في الحفظ، مع عدّهم منها ـ أي أسباب الضمان ـ المخالفة وتعليلهم له بمخالفته المالك ونهيه له عن ذلك، ولا يتّجه حينئذٍ توجيهه بما إذا لم ير أنّه أحوط وأحرز.

[في ضمان المستودع لو أخرج الوديعة من حرزها]

قوله: ﴿وكذا يضمن لو أخرج الدراهم من كيسها لينتفع بها ـ وإن كان الكيس ملكه ـ ثمّ أعادها إليه﴾ لأنّه صار بحكم الغاصب، فيستصحب حكم الضمان إلى أن يحصل من المالك ما يقتضي زواله. وظاهر «المبسوط[1]» الإجماع على ذلك، قال: وإذا أخرجها من حرزها ثمّ ردّها إلى مكانها فإنّه عندنا يضمن بكلّ حال. وقال في «التذكرة[2]»: إذا صارت الوديعة مضمونة على المستودع إمّا بنقل الوديعة أو إخراجها من الحرز أو استعمالها كركوب الدابّة ولبس الثوب وغيرها من أسباب الضمان ثمّ إنّه ترك الخيانة وردّ الوديعة لم يبرأ بذلك عند علمائنا أجمع ولم يزل عنه الضمان ولم تعد أمانته، انتهى.

---

(١) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٤.

(٢) تذكرة الفقهاء: في موجبات ضمان الوديعة ج ٢ ص ١٩٨ س ٣٧.

ولو نوى الأخذ للانتفاع ولم يأخذ لم يضمن،

[فيما لو نوى الأخذ ولم يأخذ]

قوله: ﴿ولو نوى الأخذ للانتفاع ولم يأخذ لم يضمن﴾ كما في «المبسوط والشرائع[1] والتحرير[2] وجامع المقاصد[3]» وظاهر «المبسوط[4]» الإجماع عليه حيث قال: وإن عزم على أن يتعدّى فيها لا يضمن عندنا، وقال قوم شذاذ: إنّه يضمن بالنيّة، انتهى لأنّه لم يترتّب على قصده الخيانة قولٌ ولا فعل، وكذا لو نوى الاستعمال ولم يستعمل. وفي «التحرير» أنّ فيه احتمالاً ضعيفاً. وفي «التذكرة[5]» في الضمان إشكال ممّا ذكر ومن أنّه تمسّك بها بحكم نيّته كالملتقط كما تسمع. والمراد أنّه نوى الأخذ من الوديعة بعد أخذها بنيّة الحفظ ليفرّق بينه وبين ما يأتي ممّا إذا نوى بأخذها من أوّل الأمر من المالك الانتفاع بها.

وبقي شيءٌ وهو أنّه قال في غصب «الكتاب»: إنّ المودع إذا جحد الوديعة أو عزم على المنع فهو من وقت الجحود والمنع غاصب[6]. وهو يخالف ما هنا. وأجاب عنه الشهيد بالفرق بين قصد الخيانة للانتفاع وبين العزم على منع المالك منها، فإنّه وضع (أثبت ـ خ ل) يده حينئذٍ لنفسه، فلا يكون نائباً عن المالك، بل يكون إثباتاً بغير حقّ، فيكون غاصباً. وأنت خبير بأنّ قوله «أو عزم على المنع»، هو بمعنى (معنى ـ خ ل) قوله «ولو جدّد الإمساك لنفسه» فلا تنافي بين فتاواه في البابين كما يأتي في باب الغصب.

---

(١) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٦.

(٢) تحرير الأحكام: في عقد الوديعة ج ٣ ص ١٩٢.

(٣) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ١٣.

(٤) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٥.

(٥) تذكرة الفقهاء: في موجبات ضمان الوديعة ج ٢ ص ١٩٨ س ٢١.

(٦) يأتي في صفحة ٢٠٨ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الثامن عشر.

بخلاف الملتقط الضامن بمجرّد النيّة، لأنّ سبب أمانته مجرّد النيّة، وكذا لو جدّد الإمساك لنفسه

قوله: ﴿بخلاف الملتقط الضامن بمجرّد النيّة، لأنّ سبب أمانته النيّة﴾ لأنّ أمانته إنّما تثبت بمجرّد نيّة الأخذ للتعريف، إذ لا استيمان من المالك ولا ممّن يقوم مقامه، وإحداث الأخذ من قصد الخيانة وبضمانه صرّح في «المبسوط[1] والتحرير[2] والتذكرة[3]» وغيرها[4] ويذكرونه في باب اللقطة مسلّماً، بخلاف الوديعة فإنّ الاستيمان من المالك، فلا يزول بدون مخالفته، ولا يتحقّق إلّا بفعل ما ينافي الحفظ، وهو التصرّف ولم يحصل، ولم يحدث فعلاً من قصد الخيانة كما سمعت.

وليعلم أنّ الملتقط لا تعود أمانته لو عاد إلى نيّتها عملاً بالاستصحاب، لكن ذلك لا يخلّ بتعريفه ولا بتملّكه بعد الحول، لكنّا نقول: إنّه يجوز انتزاعها منه للحاكم بل لغيره وتعريفها إن لم يكن عرّفها، والبناء على تعريف ما عرّف، فتأمّل جيّداً.

[في ما لو جدّد المستودع إمساك الوديعة]

قوله: ﴿وكذا لو جدّد الإمساك لنفسه﴾ أي يضمن، فيكون معطوفاً على قوله «لو أخرج الدراهم» ووقع قوله «ولو نوى الأخذ» موقع الاعتراض.

ومعنى تجديد الإمساك لنفسه أنّه نوى عدم الردّ. ووجه الضمان أنّه إذا نوى أن لا يردّ صار ممسكاً لنفسه، فيكون متصرّفاً تصرّفاً منافياً للحفظ. ويفرّق[5] بينه

---

(١) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٥.

(٢) تحرير الأحكام: في عقد الوديعة ج ٣ ص ١٩٣.

(٣) تذكرة الفقهاء: في موجبات ضمان الوديعة ج ٢ ص ١٩٨ س ٢٣.

(٤) كجامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ١٣.

(٥) كما في التذكرة: في موجبات ضمان الوديعة ج ٢ ص ١٩٨ س ٢٧ ـ ٢٨.

أو نوى بالأخذ من المالك الانتفاع. وكذا لو أخرج الدابّة من حرزها للانتفاع وإن لم ينتفع،

وبين ما إذا نوى الأخذ للانتفاع ولم يأخذ أنّه حينئذٍ لا يصير ممسكاً لنفسه، وفيه تأمّل، ولعلّ الأصل فيه الإجماع إن ثبت، وإلّا فمقتضى النظر أن لا يضمن فيهما أو يضمن فيهما. وقد يفصّل [1] فيما نحن فيه فيقال بعدم الضمان فيما إذا نوى أن لا يردّ ولم يطالب المالك وبثبوته إذا طالب.

ولا يمكن أن يكون معطوفاً على قوله «ولو نوى الأخذ» حتّى يكون المراد أنّه لا يضمن في المسألتين وأنّهما من وادٍ واحد، ويكون المراد أنّ ذلك إذا لم يطالب المالك، لأنّه ينافيه ما عطف عليه.

[في ما لو نوى المستودع بالأخذ الانتفاع]

قوله: ﴿أو نوى بالأخذ من المالك الانتفاع﴾ أي يضمن لو أخذ الوديعة من أوّل الأمر من المالك على قصد الخيانة، لأنّه ليس بأمين، لأنّه لم يقبض على سبيل الأمانة. ويفرّق بينه وبين ما إذا نوى الأخذ ولم يأخذ، لأنّ إحداث الأخذ هنا من قصد الخيانة.

قوله: ﴿وكذا لو أخرج الدابّة من حرزها للانتفاع وإن لم ينتفع﴾ كما في «المبسوط [2]» وغيره [3] وإجماع «التذكرة [4]» المتقدّم آنفاً يتناوله. وقد يظهر ذلك من «المبسوط» حيث حكى عن قوم من العامّة أنّهُ لا يضمن بنفس الإخراج،

---

(١) كما في التذكرة: في موجبات ضمان الوديعة ج ٢ ص ١٩٨ س ٢٧ ـ ٢٨.

(٢) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٥.

(٣) كجامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ١٤.

(٤) تقدّم في ص ٢٢٠، ونحوه ما تقدّم من نقل الإجماع من ظاهر المبسوط في ٢٢١.

ولا تعود أمانته لو ترك الخيانة، فلو ردّ الوديعة إلى الحرز لم يـزُل الضمان ما لم يجدّد الاستئمان.

وإنّما يضمن بالانتفاع والاستعمال، وظاهره أنّهُ لا مخالف سواهم.

قوله: ﴿ولا تعود أمانته لو ترك الخيانة﴾ كما صرّح به جماعة[١]. وهو قضيّة كلام آخرين[٢]. وقد يقال[٣]: إنّ إجماع «التذكرة» يتناوله، لأنّه ضمن بعدوان، فوجب أن يبطل الاستئمان، كما لو جحدها ثمّ أقرّ بها. وهذا فيما إذا كانت بعقد، أمّا إذا كانت معاطاة فإنّ أمانته تعود، إلّا أن تقول: إنّ إباحتها على نحو عقدها كما تقدّم.

[حكم ما لو ردّ الوديعة بعد أخذها]

قوله: ﴿فلو ردّ الوديعة إلى الحرز لم يزُل الضمان ما لم يـجدّد الاستئمان﴾ إجماعاً على الحكم بالضمان عند عدم تجدّد الاستئمان كما فـي «التذكرة» كما سمعته آنفاً وظاهر «المبسوط[٤] والغنية[٥]» وإجماعاً فـيها أي فـي «التذكرة[٦]» أيضاً على زواله أي الضمان، وعوده أميناً إذا أعادها إليه ثمّ جدّد له الاستئمان. ولم يحك الخلاف في الأوّل إلّا عن أبي حنيفة، قال: لأنّه مأمور بالحفظ في جميع الأوقات، فإذا خالف في جهةٍ منها ثمّ رجع وعاد إلى الحفظ كان ممسكاً

---

(١) منهم الشيخ في المبسوط: ج ٤ ص ١٣٤، والعلّامة في التذكرة: ج ٢ ص ١٩٨، والمحقّق الكركي في جامع المقاصد: ج ٦ ص ١٤.

(٢) كما في الشرائع: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٧، والمسالك: في موجبات ضمان الوديـعة ج ٥ ص ١١٥، والمهذّب: ج ١ ص ٤٢٣.

(٣) كما في الحدائق الناضرة: الوديعة ج ٢١ ص ٤٥٢.

(٤) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٤.

(٥) غنية النزوع: في الوديعة ص ٢٨٣.

(٦) تذكرة الفقهاء: في موجبات ضمان الوديعة ج ٢ ص ١٩٨ السطر الأخير.

على الوجه المأمور به، أي كان ماسكاً بأمر صاحبها. وينقض عليه بما إذا جحدها ثمّ أقرّ بها، وبما إذا ردّ السارق السرقة إلى موضعها.

وبالحكم المذكور هنا صرّح في «المبسوط[1] والخلاف[2]» وغيرهما[3].

فقد ظهر أن لا خلاف بين المسلمين في تحقّق الاستئمان بأن يدفعها إلى المالك ثمّ يعيدها إليه أمانةً، وقد سمعت دعوى الإجماع على ذلك، بل لا شبهة فيه كما في «المسالك[4]».

ويتحقّق أيضاً بأن يجدّده له من غير أن يدفعها إليه بأن يقول له: أذنت لك في حفظها، أو: أودعتك إيّاها، أو: استأمنتك عليها ونحو ذلك كما في «المبسوط[5] والغنية[6] والسرائر[7] والشرائع[8] والتذكرة[9] والتحرير[10] وجامع المقاصد[11]» لأنّ الضمان إنّما كان لحقّ المالك، وقد رضي بسقوطه بإحداثه ما يقتضي الأمانة.

ويمكن بناء ذلك على أنّ الغاصب إذا استودع هل يزول عنه الضمان أم لا؟ وقد تقدّم لنا في باب الرهن[12] أنّ زوال الضمان في إيداع الغاصب مختار جماعة كثيرين، بل استظهرنا أنّه ليس محلّ خلاف.

وفي «الوسيلة[13]» فيما نحن فيه أنّه لا يزول إلّا بالردّ، وهو شاذّ على الظاهر.

(١ و ٥) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٥.
(٢) الخلاف: في العارية ج ٣ ص ٣٨٩ مسألة ٦.
(٣ و ١٠) تحرير الأحكام: في عقد الوديعة ج ٣ ص ١٩٣.
(٤) مسالك الأفهام: في أحكام الوديعة ج ٥ ص ١١٥.
(٦) غنية النزوع: في الوديعة ص ٢٨٣.
(٧) السرائر: في الوديعة ج ٢ ص ٤٣٥.
(٨) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٧.
(٩) تذكرة الفقهاء: في موجبات ضمان الوديعة ج ٢ ص ١٩٨ السطر الأخير.
(١١) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ١٤.
(١٢) تقدّم في الرهن ج ١٥ ص ٤٥٨.
(١٣) الوسيلة: في الوديعة ص ٢٧٥.

واستشكل في «المسالك[١] والكفاية[٢]» لعدم المنافاة بين الوديعة والضمان مع عموم قوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»[٣].

وفيه: أنّه قد أقام يده مقام يده وجعله وكيلاً في حفظها وقبضه لمصلحته، فكان المال بمنزلة ما إذا كان في يد المالك فلا ضمان، بخلاف الرهن ونحوه. والخبر نقول بموجبه، لأنّ الأداء يتحقّق باستنابة المالك إيّاه فتصير يده كيده.

ويتحقّق الاستئمان أيضاً والبراءة من الضمان بأن يبرئه من الضمان كأن يقول له: أبرأتك من ضمانها ونحو ذلك كما في «التذكرة[٤] وجامع المقاصد[٥]». وما يأتي في «الكتاب[٦]» في فصل الأحكام لا ينافي ما هنا بهذا التقرير كما ستعرف. ويبرأ من الضمان بذلك كما في «المبسوط[٧] والخلاف[٨] والغنية[٩] والسرائر[١٠] والشرائع[١١] والتحرير[١٢] والتبصرة[١٣]» وهما متلازمان، لأنّ الضمان كان لحقّ المالك وقد أسقطه، كما لو حفر بئراً في ملك غيره عدواناً ثمّ أبرأه المالك من ضمان الحفر، لكنّه

(١) مسالك الأفهام: في أحكام الوديعة ج ٥ ص ١١٦.
(٢) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٩.
(٣) مسند أحمد: ج ٥ ص ٨، سنن الدارمي: ٢ ص ٣٤٢ ح ٢٥٩٦، سنن ابن ماجة: ج ٢ ص ٨٠ ح ٢٤٠٠.
(٤) تذكرة الفقهاء: في موجبات ضمان الوديعة ج ٢ ص ١٩٩ السطر الأوّل.
(٥) جامع المقاصد: الوديعة ج ٦ ص ١٤.
(٦) يأتي في ص ٣٤٠.
(٧) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٥.
(٨) الخلاف: في العارية ج ٣ ص ٣٩٠ مسألة ٧.
(٩) غنية النزوع: في الوديعة ص ٢٨٣.
(١٠) السرائر: في الوديعة ج ٢ ص ٤٣٥.
(١١) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٧.
(١٢) تحرير الأحكام: في عقد الوديعة ج ٣ ص ١٩٣.
(١٣) تبصرة المتعلّمين: في الوديعة ص ١٠٥.

في ديات «التحرير[١]» تأمّل في هذا التنظير. نعم قالوا: لو رضي بالبئر بعد الحفر العدواني سقط الضمان.

والمصنّف في رهن«الكتاب[٢]»وولده[٣]والشهيد[٤]وابن‌سعيد[٥] والكركي[٦]قالوا: إنّهُ لو أبرأ الغاصب عن ضمان الغصب لم يبرأ، ولا تصير يده يد أمانة، لأنّ معنى الضمان أنّ العين لو تلفت وجب عليه بدلها، والحال أنّها الآن لم تتلف، فيكون الإبراء ممّا لم يجب.

وأُجيب[٧] من قبل الشيخ في المبسوط والمحقّق في الشرائع والمصنّف في التحرير بأنّ الضمان المسبّب عن التعدّي معناه جعل ذمّة الودعي متعلّقة بالمالك على وجه يلزمه بدل المال له على تقدير تلفه، ولزوم البدل ثمرة الضمان وفائدته لا نفسه، والساقط بالإبراء هو الأوّل لا الثاني. ويدلّ على أنّ المراد من الضمان هو المعنى الأوّل أنّه يحكمون عليه به بمجرّد العدوان فيقولون: صار ضامناً، ولو فعل كذا ضمن، ونحو ذلك، مع أنّ لزوم البدل لم يحصل بذلك، وإنّما حصل قبول ذمّته له، وهذا معنى يمكن زواله بالبراءة. وأمّا نفس البدل فلا يعبّر عنه بالضمان، والبراءة إذا تعلّقت به فإنّما تكون من نفس المال لا من الضمان الثابت بالعدوان.

وقد يقال[٨]: إنّه يتّجه على قولهم في الرهن انتفاء الإبراء والبراءة فيما إذا جدّد

---

(١) تحرير الأحكام: في الجنايات ج ٥ ص ٥٤١.
(٢) قواعد الأحكام: في الرهن ج ٢ ص ١١٦.
(٣) إيضاح الفوائد: في الرهن ج ٢ ص ٢٨.
(٤) الدروس الشرعية: في الرهن ج ٣ ص ٣٨٥.
(٥) الجامع للشرائع: في الرهن ص ٢٨٩.
(٦) جامع المقاصد: في الرهن ج ٥ ص ٩٩.
(٧) كما في مسالك الأفهام: في شرائط عقد الرهن ج ٥ ص ١٦ ـ ١٧.
(٨) كما في التذكرة: في الرهن ج ٢ ص ٢٦ س ٩.

ولو مزجها بماله بحيث لا يتميّز ضمن.

له الاستئمان وهي في يده، لأنّها أدون من التصريح بالإبراء، إلّا أن تقول: المقتضي لزوال الضمان هناك كونه أمانة، وهو سبب آخر غير الإبراء، ولا يمتنع إمكان أحد السببين وامتناع الآخر. ونحوه إبراء المالك المستعير للدراهم والمشروط عليه الضمان والقابض بالسوم والشراء الفاسد. وتمام الكلام في باب الرهن [١].

وليعلم أنّ المصنّف قال فيما يأتي في فصل الأحكام [٢]: ولا يبرأ المفرط بالردّ إلى الحرز، بل إلى المالك أو بإبرائه. وقد قال في «جامع المقاصد [٣]»: إنّ ظاهره يخالف ما هنا، لأنّه قد يشكّ في أنّ الإبراء من الضمان موجب لتجديد الاستئمان. وبما ذكرناه من التلازم وحكيناه عن الجماعة تندفع المخالفة الظاهريّة، بل هو في المقام قوّى تجدّد الاستئمان بذلك كما حكيناه عنه. نعم هناك مخالفة من جهة اُخرى وهو: أنّ مفهوم اللقب في عباراتهم حجّة، وقضيّته ما هناك الحصر في الأمرين، فتأمّل.

[في ما لو مزج المستودع الوديعة بماله]

قوله: ﴿ولو مزجها بماله بحيث لا يتميّز ضمن﴾ كما في «المبسوط [٤] والسرائر [٥] والشرائع [٦] والتذكرة [٧] والتحرير [٨] والإرشاد [٩] واللمعة [١٠] وجامع

---

(١) تقدّم في ج ١٥ ص ٤٦١ ـ ٤٦٣.
(٢) يأتي في ص ٣٤٤.
(٣) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤٨.
(٤) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٦.
(٥) السرائر: في الوديعة ج ٢ ص ٤٣٩.
(٦) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٦.
(٧) تذكرة الفقهاء: في موجبات ضمان الوديعة ج ٢ ص ١٩٩ س ٦.
(٨) تحرير الأحكام: في أسباب ضمان الوديعة ج ٣ ص ١٩٤.
(٩) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٨.
(١٠) اللمعة الدمشقية: في الوديعة ص ١٥٥.

المقاصد[١] والمسالك[٢] والروضة[٣] والكفاية[٤] والمفاتيح[٥]». وفي «مجمع البرهان[٦]» كأنّه ممّا لا خلاف فيه. وهو كذلك إلّا من مالك[٧] حيث يخلطها بالمساوي أو الأجود فإنّه لا يضمن عنده.

ولا فرق عندنا بين أن يخلطها بمثلها أو أرفع منها أو أدون كما صرّح به في «المبسوط[٨] والسرائر[٩] والتذكرة[١٠]» وغيرها[١١] لاشتراك الجميع في العدوان الناشئ من التصرّف الغير المشروع وتعيّبها بالمزج المفضي للشركة الّتي هي عيب، إذ لا أقلّ من أن تفضي إلى المعاوضة على بعض ماله عند القسمة بغير رضاه.

ولا فرق بين أن يمزجها بماله أو مال غيره، بل لو مزج إحدى الوديعتين بالاُخرى ضمنهما معاً وإن كانا لواحد ومثله خلطها بمال لمالكها غير مودع عنده للتعدّي في الجميع. ويمكن أن يكون الضمير في «ماله» عائداً للمودع والمستودع، إلّا أنّ في عوده إلى أحدهما إخلالاً بالآخر ويحتاج إلى تكلّف في عوده إليهما، لكنّ الظاهر عوده إلى المستودع كما ذكرنا أوّلاً، لأنّه سيأتي خلطه بمال المودع.

وفي «التذكرة[١٢]» أنّ المزج بغير الاختيار قاضٍ بالضمان. وفيه: أنّه ليس تصرّفاً غير مشروع ولا تقصير في الحفظ، وسيجيء عدم الضمان في مثله، إلّا أن

ـــــــــــــــــــــــ

(١ و ١١) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ١٥.

(٢) مسالك الأفهام: في موجبات ضمان الوديعة ج ٥ ص ١٠٧.

(٣) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٤٧.

(٤) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٦.

(٥) مفاتيح الشرائع: في أنّ الوديعة أمانة ج ٣ ص ١٦٤.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣٢٩.

(٧) نقل عنه العلّامة في التذكرة: في موجبات ضمان الوديعة ج ٢ ص ١٩٩ س ٩.

(٨) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٨.

(٩) السرائر: في الوديعة ج ٢ ص ٤٣٩.

(١٠ و ١٢) تذكرة الفقهاء: في موجبات ضمان الوديعة ج ٢ ص ١٩٩ س ٧ و ١٢.

ولو أتلف بعض الوديعة المتّصلة ضمن الباقي، كما لو قطع يد العبد أو بعض الثوب.

يكون أراد أنّه سقط من يده بغير اختياره.

وقضيّة كلام جماعة لمكان التقييد بعدم التمييز كما هو صريح آخرين أنّه لو تميّز المالان لا يضمن، والحكم فيه كذلك إن لم يستلزم المزج تصرّفاً آخر غير المزج منهيّاً عنه، كما لو كان المال في كيسٍ مختوم ونحو ذلك، فلا ضمان على تقدير الامتياز من حيث المزج.

[في ما لو أتلف المستودع بعض الوديعة المتّصلة]

قوله: ﴿ولو أتلف بعض الوديعةالمتّصلة ضمن الباقي، كما لو قطع يد العبد وبعض الثوب﴾ كما في «التذكرة[1] والتحرير[2] وجامع المقاصد[3]» لأنّه قد خان وتصرّف في المجموع فيضمنه. والمراد أنّ ذلك كان عمداً. وأمّا إذا وقع خطأً فإنّه يضمن التالف خاصّة كما في «التذكرة[4] والحواشي[5] وجامع المقاصد[6]» فيضمن العاقلة أرش جناية قطع اليد ويضمن هو أرش قطع الثوب، لأنّ الباقي مملوك للمودع، ولم يتحقّق من المستودع خروج عن مقتضى الحفظ، إذ الإتلاف خطأً إنّما يكون بظنّه ثوبه أو بصدوره عن غير قصد ونحو ذلك، وثبوت الضمان عليه في التالف ليس لخيانته بل لجنايته، لأنّ الإتلاف موجب للضمان عمداً

(١ و٤) تذكرة الفقهاء: في موجبات ضمان الوديعة ج ٢ ص ١٩٩ س ٢١.

(٢) تحرير الأحكام: في أسباب ضمان الوديعة ج ٣ ص ١٩٤.

(٣ و٦) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ١٦.

(٥) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا فراجع.

ولو كان منفصلاً أو المودع مخطئاً ضمنه خاصّةً، كما لو أخرج بعض الدراهم،

وخطأً. نعم لو سرت الجناية على العبد ضمن هو، بل العاقلة وإن كان مخطئاً لثبوت الإتلاف بفعله.

وجمع بين مثالي العبد والثوب لينبّه على عدم الفرق بين ما يكون لمقطوعه قيمة بعد القطع وما لا قيمة له كذلك. وهذا منّا بناءً على أنّ الجناية على العبد خطأً كالجناية على الحرّ.

[فيما لو أتلف بعض الوديعة المنفصلة]

قوله: ﴿ولو كان منفصلاً أو المودع مخطئاً ضمنه خاصّةً، كما لو أخرج بعض الدراهم﴾ أمّا ضمانه المنفصل خاصّة إذا أتلفه فقد صرّح به في «المبسوط[1]» وغيره[2] في عنوان آخر وفي هذا العنوان في «التحرير[3]» والوجه فيه ظاهر، سواء كان الإتلاف عمداً أو خطأً، لأنّ التصرّف مع العدوان أو بدونه إنّما وقع فيه فلا يتعدّى وإن كان الإيداع دفعةً واحدة، ويزيد الخطأ أنّه لم يتعدّ ولم يخن. وقد يتأمّل فيما إذا دفع له مائة دينار دفعة، فإنّ العرف قد يحكم بأنّها وديعة واحدة كالمتّصل.

فكانت الصوَر أربعاً، لأنّ الإتلاف إمّا عمداً أو خطأً، وعلى التقديرين إمّا لبعض متّصل أو لبعض منفصل. وقوله «خاصّة» يتعلّق بصوَر ثلاث، وهو ما إذا كان البعض المتلف منفصلاً عمداً أو خطأً أو متّصلاً خطأً.

ولعلّ ما كان مثل الدبس والدهن من المثلي يلحق بالمتّصل والمصنّف مثّل بالقيميّين.

(١) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٦. (٢) كالسرائر: في الوديعة ج ٢ ص ٤٣٩.
(٣) تحرير الأحكام: في أسباب ضمان الوديعة ج ٣ ص ١٩٤.

فإن أعادها بعينها ومزجها فكذلك.

قوله: ﴿فإن أعادها بعينها ومزجها فكذلك﴾ أي يضمن ذلك البعض خاصّة كما لو كان منفصلاً. فإن كان المعاد متميّزاً فلا خلاف في أنّه لا يضمن البقيّة كما في «المبسوط [١]» ومراده نفي الخلاف بين المسلمين. وكذلك إن كان غير متميّز على الأصح كما في «المبسوط [٢]» أيضاً و«السرائر [٣] والتذكرة [٤] والتحرير [٥] والإرشاد [٦]» لأنّه وإن خلط مضموناً بغير مضمون فهو مأذون فيه، لأنّ ربّ المال رضي بأن يكون ذلك مع الباقي، ويحتمل أنّهُ يضمن الباقي، لأنّه بخلطه قد تصرّف، وهو أحد وجهي الشافعية، لكن ظاهر «التذكرة» كما فهمه منها في «مجمع البرهان [٧]» أنّه لا خلاف عندنا في عدم ضمان الباقي الغير المتصرّف فيه. ولعلّهم استندوا فيه إلى العرف.

وتظهر الثمرة فيما إذا كان الكلّ عشرة وأخذ واحداً. وردّه وتلفت أي العشرة، فإنّه لم يلزمه إلّا درهم واحد عندنا. وقال في «التذكرة [٨]»: ولو تلف منها خمسة لم يلزمه إلّا نصف واحد. وقد يقال [٩]: الأصل عدم تلف المضمون معتضداً بأصالة البراءة، فلا يعارضه أصل عدم تلف غيره، ثمّ إنّه من المعلوم أنّ المضمون إمّا أن يكون تلف كلّه أو بقي بتمامه، فالتنصيف في محلّ التأمّل، إلّا أن يقال: إنّ تصادم الأُصول كتصادم الدعاوى.

(١ و ٢) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٦.

(٣) السرائر: في الوديعة ج ٢ ص ٤٣٩.

(٤ و ٨) تذكرة الفقهاء: في موجبات ضمان الوديعة ج ٢ ص ١٩٩ س ١٥ و ١٧.

(٥) تحرير الأحكام: في أسباب ضمان الوديعة ج ٣ ص ١٩٣.

(٦) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٨.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣٣٢.

(٩) كما في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣٣٢.

ولو أعاد مثلها ومزجها ضمن الجميع. وكذا يضمن الجميع لو فتح الكيس المختوم،

قوله: ﴿ولو أعاد مثلها ومزجها ضمن الجميع﴾ إذا كان المثل المردود غير متميّز كما في «المبسوط[١] والسرائر[٢] والشرائع[٣] والتذكرة[٤] والتحرير[٥] وجامع المقاصد[٦]» لأنّه خلط مال غيره بغير إذن مالكه، كما لو كان مقارضاً فخلط مال القراض بمالٍ من غيره فإنّه يضمن مال القراض كلّه.

والفرق بين إعادته بعينه وإعادة مثله أنّه قد حصل في الثاني عيب الشركة، لأنّ المثل وإن وجب على المستودع إلّا أنّه لا يملكه المودع إلّا أن يقبضه هو أو وكيله، فهو باقٍ على ملك المستودع، فتتحقّق الشركة بخلطه، وفي الأوّل إنّما خلط مال المالك بماله، فلا يضمن سوى ما تصرّف فيه.

وأمّا إذا كان المثل المردود مميّزاً فإنّه إنّما يضمنه خاصّة ولا يضمن الباقي كما في «المبسوط[٧] والسرائر[٨] والتذكرة[٩] والتحرير[١٠]».

[في ما لو فتح الكيس المختوم]

قوله: ﴿وكذا يضمن الجميع لو فتح الكيس المختوم﴾ كما في

(١ و٧) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٦.
(٢ و٨) السرائر: في الوديعة ج ٢ ص ٤٣٩.
(٣) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٦.
(٤ و٩) تذكرة الفقهاء: في موجبات ضمان الوديعة ج ٢ ص ١٩٩ س ١٨.
(٥ و١٠) تحرير الأحكام: في أسباب ضمان الوديعة ج ٣ ص ١٩٣ و١٩٤.
(٦) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ١٦.

«المبسوط[١] والسرائر[٢] والشرائع[٣] والتحرير[٤] والتذكرة[٥] والإرشاد[٦] وجامع المقاصد[٧] والمسالك[٨]» لأنّ فضّ الختم تصرّف غير مأذون فيه لا من المالك ولا من الشارع ولما فيه من الهتك ومثله الصندوق المقفل، وكذا ما أشبه الختم ممّا يدلّ على قصد المالك الإخفاء به كالربط والشدّ لا ما يقصد به مجرّد المنع من الانتشار كما في الخيط والربط الّذي يقصد به شدّ رأس كيس الثياب والرزمة منها كما في «التذكرة والمسالك» قال في «التذكرة[٩]»: لو حلّ الخيط الّذي شدّ به رأس الكيس لم يضمن وإن فعل ذلك للأخذ.

قلت: والفارق بين الأمرين القرائن. وهو يخالف إطلاق الكتاب فيما يأتي وصريح «جامع المقاصد[١٠]» حيث قال: إنّ الفرق بين ما يقصد به المنع من الانتشار وما يقصد به الكتمان غير ظاهر، قال: والمعتمد الضمان، لمكان التصرّف والهتك، انتهى. وقد عرفت أنّ الفارق بين الموضوعين والحكمين القرائن، فحيث يكون الشدّ للانتشار لا هتك ولا تصرّف.

وفي حكم الختم والقفل الدفن كما في «التذكرة[١١]» أيضاً.

ولا فرق في فتح الختم والقفل بين أن يأخذ شيئاً من الكيس أم لا كما صرّح به في أكثر ما ذكر من الكتب المتقدّمة، وهو قضيّة إطلاق ما بقي، ولا في الختم بين أن

(١) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٥.
(٢) السرائر: في الوديعة ج ٢ ص ٤٣٥.
(٣) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٦.
(٤) تحرير الأحكام: في أسباب ضمان الوديعة ج ٣ ص ١٩٤.
(٥ و ٩ و ١١) تذكرة الفقهاء: في موجبات ضمان الوديعة ج ٢ ص ١٩٨ س ٣١ و ٣٤ و ٣٣.
(٦) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٨.
(٧ و ١٠) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ١٧ و ١٨.
(٨) مسالك الأفهام: في موجبات ضمان الوديعة ج ٥ ص ١٠٨.

يكون مشتملاً على علامة للمالك أم لا. وقال في «مجمع البرهان[١]»: لا ضمان في شيءٍ من ذلك للأصل وعدم التصرّف والتقصير في الحفظ، ولم يثبت كون هتك الحرز موجباً للضمان ولابدّ له من دليل، انتهى فتأمّل.

ونبّه بقوله «الكيس المختوم» على أنّ المراد ختم المالك، فلو كان من المستودع لم يضمن كما صرّح به بعد ذلك، إذ لا هتك في ذلك ولا نقصان عمّا فعله المالك. هذا إذا لم يكن الختم بأمر المالك بعد الاستيداع أو لم يكن من المستودع قبل الاستيداع مطلقاً فإنّه يمكن إلحاقه بختم المالك كما في «حواشي الكتاب[٢]».

وحيث يضمن يكون ضامناً للمظروف كما هو صريح كلامهم، وفي ضمانه للظرف وجهان، واستقرب في «التذكرة[٣]» العدم، لأنّه لم يقصد الخيانة في الظرف. وفيه: أنّ قصد الخيانة لا دخل له في الضمان، والمدار على التصرّف المنهيّ عنه، فكلّ تصرّف لغير الحفظ غير معتاد منهيّ عنه قاضٍ بالضمان، كما أفصح به إجماع «التذكرة[٤]» الّذي سمعته فيما تقدّم. وهو قضيّة الأصل. وينبغي أن يكون هو الأصل في الباب فيضمن حتّى في الكيس الّذي ختمه هو وفتحه لا للحفظ، إلّا أن يقال: إنّ ذلك ممّا يعتاده الودعيّون كنقلها من مكانٍ إلى آخر كما يأتي[٥] في ضابط الحفظ. وقد استشكل فيها فيما إذا عدّ الدراهم الغير المختومة أو وزنها أو ذرع الثوب من أنّه تصرّف في الوديعة ومن أنّه لم يقصد الخيانة[٦]، انتهى فتأمّل.

وفي «المبسوط[٧] والتذكرة[٨] والتحرير[٩]» لو خرق الكيس، فإن كان الخرق

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣٣١.

(٢) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.

(٣ و٦ و٨) تذكرة الفقهاء: في موجبات ضمان الوديعة ج ٢ ص ١٩٨ س ٣٢ و٣٥ و٣٣.

(٤) تقدّم في ص ٢١٨ ـ ٢٢٠ ونحوه إجماع المبسوط في ص ٢٢١ و٢٢٣.

(٥) يأتي في ص ٢٣٨ ـ ٢٤٨ (٧) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٥.

(٩) تحرير الأحكام: في أسباب ضمان الوديعة ج ٣ ص ١٩٤.

سواء أخذ منه شيئاً أو لا، بخلاف ما لو ختمه هـو. ولو مـزج الوديعتين بحيث لا مائز ضمن الجميع وإن اتّحد المالك.

تحت موضع الختم فهو كفضّ الختم، وإن كان فوقه لم يضمن إلّا نقصان الخرق، فتأمّل فيه أيضاً.

قوله: ﴿سواء أخذ منه شيئاً أو لا، بخلاف ما لو ختمه هو﴾ قـد تقدّم[١] الكلام في ذلك كلّه.

[حكم ما لو مزج الوديعتين]

قوله: ﴿ولو مزج الوديعتين بحيث لا مائز ضـمن الجـميع وإن اتّحد المالك﴾ كما في «التذكرة[٢]» ولم يقيّد في «المبسوط[٣] والشرائع[٤] والتحرير[٥] والإرشاد[٦] ومجمع البرهان[٧]» المزج هنا بكونه على وجهٍ لا يتميّز أحد المالين عن الآخر إرادة لتعميم الحكم بالضمان بمطلق المزج، لاستلزامه التصرّف في المالين بغير إذن المالك، حيث اقتضى إخراج أحدهما من كيسه وصبّه على الآخر، وهو الموافق لما أصّلناه. وقالوا في توجيهه: وقد يتعلّق غرض المالك الواحد بـعدم المزج. ولا حاجة إليه بعد الأصل. وقـد يقال[٨]: إنّه إنّما يضمن المخرج مـن كيسه،

---

(١) تقدّم في ص ٢٣٣ ـ ٢٣٦.

(٢) تذكرة الفقهاء: في موجبات ضمان الوديعة ج ٢ ص ١٩٩ س ١٠.

(٣) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٦.

(٤) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٦.

(٥) تحرير الأحكام: في أسباب ضمان الوديعة ج ٣ ص ١٩٤.

(٦) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٨.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣٣٠.

(٨) كما في مسالك الأفهام: في موجبات ضمان الوديعة ج ٥ ص ١٠٩.

ولو مزج بإذن أحدهما ضمن الأُخرى. ولو مزج غيره ضمنهما المازج.

وأمّا الآخر فإن كان مختوماً ضمنه، وإلّا فلا مع بقاء التمييز، لأنّه لم يحدث فيه تصرّفاً ممنوعاً منه، فيتّجه ما في الكتاب، فليتأمّل ولا تغفل عمّا تقدّم، وقد يكون عدم التقييد في المبسوط وما ذكر معه لكون المزج في الغالب يراد منه عدم التمييز، أو لأنّهم استسلفوا ذلك فتلتثم الكلمة، لكنّ ظاهر «جامع المقاصد[1]» أو صريحه الضمان مطلقاً.

ولا فرق بين كون الكيسين معاً وديعة أو أحدهما أمانة غير وديعة أو غصباً.

وهذا كلّه إذا كان الكيسان للمودع، أمّا إذا تعدّد المالك فلا بحث كما في «جامع المقاصد[2]» لمكان عيب الشركة.

أمّا لو كان الكيسان ـ أي الظرفان ـ للمستودع فلا ضمان مع بقاء التمييز، لأنّه له نقل الوديعة من محلٍّ إلى غيره وله تفريغ ملكه، ولا يتعيّن عليه الحفظ فيما وضع فيه أوّلاً كما هو المعتاد الشائع في الودائع، إلّا أن يعيّنه المالك بخصوصه لحفظه أو ينهاه عن نقله كما يأتي.

قوله: ﴿ولو مزج بإذن أحدهما ضمن الأُخرى﴾ الوجه فيه واضح ولا يكون إلّا فيما إذا تعدّد المالك.

قوله: ﴿ولو مزج غيره ضمنهما المازج﴾ دون المستودع، لقوله تعالى: ﴿ولا تزر وازرة وزر أُخرى﴾[3].

(١ و٢) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ١٧.

(٣) الأنعام: ١٦٤، الإسراء: ١٥، فاطر: ١٨، الزمر: ٧.

والشدّ كالختم إن كان من المالك ضمن إذا حلّه بنفس الحلّ وإن لم يتصرّف، وإلّا ضمن بالأخذ ولو أذن له المالك في أخذ البعض ولم يأذن في ردّ البدل فردّه ومزجه ضمن الجميع.

الثاني: الإيداع، فلو أودعها عند زوجته أو ولده أو عبده أو أجنبيّ وإن كان ثقة من غير ضرورة ولا إذن ضمن،

قوله: ﴿والشدّ كالختم إن كان من المالك ضمن إذا حلّه بنفس الحلّ وإن لم يتصرّف، وإلّا ضمن بالأخذ﴾ أي وإن لم يكن من المالك ضمن بالأخذ لا بنفس الحلّ، وقد تقدّم الكلام في ذلك كلّه آنفاً.

قوله: ﴿ولو أذن له المالك في أخذ البعض ولم يأذن في ردّ البدل فردّه ومزجه ضمن الجميع﴾ أي حيث لا مائز، لأنّه تصرّف في الوديعة تصرّفاً غير مشروع وعيّبها بالمزج، فإنّ الشركة عيب. ويجيء احتمال الضمان مع المائز كما تقدّم بيانه.

[في ما لو أودع المستودع الوديعة عند غيره]

قوله: ﴿الثاني: الإيداع، فلو أودعها عند زوجته أو ولده أو عبده أو أجنبيّ وإن كان ثقةً من غير ضرورة ولا إذن ضمن﴾ قال في «التذكرة[1]»: فإن أودعها (أودع ـ خ ل) من غير عذرٍ ضمن إجماعاً، لأنّ المالك لم يرض بيد غيره وأمانته. ولا فرق بين أن يكون ذلك الغير عبده أو زوجته أو ولده أو أجنبيّاً عند علمائنا أجمع. وقال في «المسالك[2]»: لا فرق في ذلك بين الزوجة وغيرها

---

(١) تذكرة الفقهاء: في موجبات ضمان الوديعة ج ٢ ص ١٩٩ س ٢٤.

(٢) مسالك الأفهام: في أحكام الوديعة ج ٥ ص ١٢٢.

وكذا لو سافر بها مختاراً مع أمن الطريق. أمّا لو سافر بها مع خوف تلفها مع الإقامة فإنّه لا يضمن،

عندنا، بل يضمن مع عدم إحرازها عنها وإن لم يسلّمها إليها إجماعاً. وفي موضع آخر من «المسالك[1]» أنّه موضع وفاق. وقد صرّح بالحكم المذكور في «المبسوط[2]» وغيره[3]. وهو قضيّة إطلاق «الغنية[4] والسرائر[5]» وقد نبّهوا بذلك على خلاف بعض العامّة[6] على تفاصيل لهم في المقام.

ولعلّ ذلك مخصوص عندنا بمن يتولّى ذلك بنفسه، فالعالم والسلطان ومَن ليس من شأنه الحفظ بنفسه يجوز له الحفظ بأُمنائه وغلمانه، والعادة جارية بتسليم الغنم إلى الراعي، أو المراد إذا لم تدلّ قرينة على الرخصة في وضعها عند غيره كما يرشد إليه تعليلهم بأنّ المالك لم يرض، فلو فهم رضاه بأيّ شيء كان جاز. وفي «المبسوط[7]» إن قال لزوجته أو جاريته: اجعليها في الصندوق أو أدخليها البيت وهو يرى ما تفعل ويشاهد فلا يضمن، انتهى. ويأتي الكلام[8] إن شاء الله تعالى فيما إذا كان الإيداع من ضرورة كما يأتي الضابط في حفظ الوديعة. وعليه تنزّل هذه العبارات وغيرها.

[في ما لو سافر بالوديعة خائفاً عليها]

قوله: ﴿وكذا لو سافر بها مختاراً مع أمن الطريق، أمّا لو سافر بها

---

(١) مسالك الأفهام: في أحكام الوديعة ج ٥ ص ١٠٢.

(٢ و٧) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٤.

(٣) كتحرير الأحكام: في أسباب ضمان الوديعة ج ٣ ص ١٩٧.

(٤) غنية النزوع: في الوديعة ص ٢٨٣. (٥) السرائر: في الوديعة ج ٢ص ٤٣٨.

(٦) كابن قدامة في المغني: ج ٧ ص ٢٨٣، والشرح الكبير: ج ٧ ص ٢٩٩، والقرطبي في بداية المجتهد: ج ٢ ص ٣١٢.

(٨) يأتي في ص ٢٤١ ـ ٢٤٤.

مع خوف تلفها مع الإقامة فإنّه لا يضمن﴾ من جملة أسباب التفريط السفر بالوديعة من غير ضرورة ولا إذنٍ من المالك، سواء كان الطريق آمناً أو مخوفاً كما صرّحت بذلك كتبهم «كالمبسوط[1]» وغيره[2] بل لا أجد فيه خلافاً. قال في «التذكرة[3]»: لا يجوز للمستودع إذا عزم على السفر أن يسافر بالوديعة بل يجب عليه دفعها إلى صاحبها أو وكيله الخاصّ في الاسترداد أو العامّ في الجميع* فإن لم يجد (يوجد ـ خ ل) دفعها إلى الحاكم، فإن تعذّر الحاكم دفعها إلى أمين ولا يسافر بها، فإن سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو الأمين ضمن عند علمائنا أجمع، سواء كان السفر مخوفاً أو غير مخوف، انتهى. وقال في «المبسوط[4]»: إذا أراد أن يسافر فردّها على المودع أو وكيله فلا ضمان عليه، فإن لم يتمكّن منهما وردّها على الحاكم فلا ضمان عليه، وإن لم يتمكّن منهُ وردّها على ثقة فلا ضمان أيضاً، كلّ هذا لا خلاف فيه، لأنّ السفر مباح، فلو قلنا: ليس له ردّها لمنعناه من المباح الّذي هو السفر، انتهى. وقضيّته أنّه يضمن إن سافر بها. وقال في «التذكرة[5]»: لو عزم المستودع على السفر كان له ذلك ولا يلزمه المقام لحفظ الوديعة، لأنّه متبرّع بإمساكها، ويلزمه ردّها إلى صاحبها أو وكيله إلى آخر ما قال على نحو ما في المبسوط.

ويبقى الكلام فيما إذا أراد السفر مختاراً من غير ضرورة في وقت السلامة وأمن البلد وتعذّر عليه صاحبها والوكيل والحاكم والثقة، ففي ظاهر «التذكرة[6]» أنّه يجوز له السفر بها ويضمن حيث صرّح بأنّه مخيّر بين تأخير السفر والتزام خطر

* ـ أي وكيله في جميع أُموره من الاسترداد وغيره. (منه)

(١ و ٤) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٣.

(٢) كالسرائر: في الوديعة ج ٢ ص ٤٣٨.

(٣ و ٥ و ٦) تذكرة الفقهاء: في موجبات ضمان الوديعة ج ٢ ص ٢٠٠ س ٢١ و ١٠ و ٢٩.

الضمان. ونحوه ما في «التحرير[١]» قال: ولو أراد السفر ردّها إلى المالك أو وكيله، فإن فقدهما فعلى الحاكم، فإن تعذّر فإلى ثقة، فإن تعذّر جاز له السفر بها. واستحسنه في «الكفاية[٢]» وقد يفهم ذلك ممّا في «الشرائع[٣] والإرشاد[٤]» من قولهما: لا يجوز السفر بها مع ظهور أمارات الخوف. إذ قضيّته أنّه يجوز مع عدم ظهور الأمارات، لكن هذا يمكن تنزيله على وجهٍ آخر ستسمعه إن شاءالله تعالى.

وفي «جامع المقاصد[٥] والمسالك[٦]» أنّه لا يجوز له السفر بها ولا تركها في يد غير ثقة، لأنّ الإذن مع الإطلاق إنّما تناول الحفظ في الحضر عملاً بالعادة، ولأنّ السفر لا يخلو من خطر كما ورد في الخبر عنه صلى الله عليه وآله «إنّ المسافر وماله لعلى قَلَت إلّا ما وقى الله تعالى»[٧] وعلى ما يأتي من الضابط يجوز له السفر ولا ضمان وفاقاً لظاهر «التحرير[٨]».

وأمّا إذا اضطرّ إلى السفر للخوف على الوديعة أو لحاجته وضرورته فإنّه يجوز أن يسافر بها حينئذٍ، ولا يضمن مع تعذّر إيصالها إلى مَن ذكر كما نصّ عليه جماعة. قال في «المبسوط[٩]»: إذا كان البلد مخوفاً ففزع من النهب والحريق فله أن يسافر بها ولا ضمان عليه بلا خلاف. بل في «التذكرة[١٠]» لو اضطرّ المستودع إلى السفر بالوديعة بأن يضطرّ إلى السفر وليس في البلد حاكم ولا ثقة ولم يجد المالك

(١ و٨) تحرير الأحكام: في أسباب ضمان الوديعة ج ٣ ص ١٩٨.

(٢) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٧.

(٣) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٧.

(٤) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٧.

(٥) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢٠.

(٦) مسالك الأفهام: في موجبات ضمان الوديعة ج ٥ ص ١٠٣.

(٧) الجامع لأحكام القرآن: ج ٥ ص ١٥١، النهاية لابن الأثير: ج ٤ ص ٩٨. والقلت: الهلاك.

(٩) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٣.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في موجبات ضمان الوديعة ج ٢ ص ٢٠٠ س ٢٧.

ولا وكيله أو أتفق جلاء لأهل البلد أو وقع حريق أو غارة أو نهب ولم يجد المالك ولا وكيله ولا الحاكم ولا العدل سافر بها ولا ضمان إجماعاً لأنّ حفظها حينئذٍ في السفر بها والحفظ واجب فإذا لا يتمّ إلّا بالسفر بها كان السفر واجباً، ولا نعلم فيه خلافاً، انتهى.

وعليه ينزّل ما في «الشرائع[1] والإرشاد[2]» من قولهما: «يجوز السفر بالوديعة إذا خاف تلفها مع الإقامة ثمّ لا يضمن» بأن يكونا أرادا بالجواز معناه الأعمّ، فلا ينافي الوجوب، إذ لا يجوز تركها مع الخوف عليها. وهو على إطلاقه مشكل، إذ قد يكون عليه في إنشائه السفر ضرر ومؤنة كثيرة أضعاف الوديعة. وستسمع كلام فخر الإسلام، وقد قالا في «الشرائع والإرشاد» بعد هذه العبارة بلا فاصلة: ولو ظهرت أمارات الخوف لم يجز السفر كما تقدّم نقله عنهما آنفاً. فيكون المراد أنّه إذا خاف على الوديعة التلف مع الإقامة جاز له السفر، بل وجب، إلّا أن يكون في السفر خوف عليها أيضاً قد ظهرت عليها أماراته فلا يجوز. وقضيّته أنّه إذا اشترك السفر والحضر في الخوف ـ تساويا فيه أو تفاوتا ـ لا يجوز السفر بها، ولعلّ الأظهر الأحوط مراعاة أقلّ الخوفين. وهذا هو الوجه الّذي أشرنا إليه آنفاً. وقال فخر الإسلام[3]: لا يجب السفر عليه لأجلها وإن خاف تلفها بدونه، بل إن اختار السفر وجب عليه استصحابها، فلا يكون السفر واجباً وإنّما يجب مصاحبتها لو اختاره، فيصحّ إطلاق جواز السفر عليه. وهذا أيضاً على إطلاقه مشكل، وقد سمعت ما في «التذكرة».

والمراد بالسفر السفر العرفي لا الشرعي، وإلّا لم يجب عليه الردّ إلّا بالخروج إلى مسافة، وهو مشكل، لأنّه متى خرج من بلد الوديعة على وجه لا تعدّ في يده

(١) شرائع الإسلام: في الوديعة ج٢ ص١٦٦. (٢) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج١ ص٤٣٧.
(٣) لم نعثر على قول فخرالإسلام في إيضاحه ولا في شرح الإرشاد، لكن نقله عنه في هامش المسالك، فراجع مسالك الأفهام: في الوديعة ج ٥ ص ١١٣.

عرفاً يجب أن يكون ضامناً، لأنّه أخرج الوديعة من يده فقصّر في حفظها كما نبّه عليه جماعة[1]. وعلى هذا فيجوز استصحابها في تردّداته في حوائجه إلى حدود البلد وما قاربه من القرى الّتي لا يعدّ الانتقال إليها سفراً مع أمن الطّريق، فلا يجوز إيداعها في مثل ذلك مع إمكان استصحابها كما لا يجب ردّها على المالك.

والمعتبر في تعذّر الوصول إلى أحد الأربعة المذكورة سابقاً المشقّة الكثيرة، وهي المعبّر عنها بالتعذّر عرفاً لا معناه لغةً لما في إلزامه بتحمّل ما يزيد على ذلك من الحرج والضرر المنفيّين كما نبّه على ذلك كلّه جماعة[2] أيضاً.

وبعد ذلك كلّه نقول: إنّ ذلك خلاف ما استمرّت عليه سيرة السلف والخلف من العلماء والصلحاء، وإنّ ذلك يقضي بأن تكون الحال في الوديعة أصعب شيء، وليس في الأخبار والآثار ما يمنع من السفر للودعي إلّا بأن يسلّمها للمالك أو الحاكم أو الثقة، وليس فيها أيضاً ما يمتنع من السفر بالوديعة. وحينئذٍ فلا يجب علينا أيضاً تحقيق السفر وإنّما هو للفقهاء، بل الضابط في الوديعة أنّ المدار فيها على وجوب الحفظ على ما يقضي به العرف والعادة من حفظ مثل هذه الوديعة من مثل هذا الشخص من جهة أحواله ونظره واجتهاده، وذلك يختلف باختلاف الوديعة، والودعي من المباشرة بنفسه أو زوجته، والسفر والإقامة والخروج إلى القرى القريبة والبساتين، إلّا أنّه لمّا كان الغالب في السفر حصول الخوف والخطر تعرّضوا لذلك، وإلّا فقد يكون السفر أحرز من الحضر وغير الودعي أحفظ لها منه كأن يكون مهاباً يخافه السرّاق، إلى غير ذلك ممّا نبّه عليه مولانا المقدّس

---

(١) منهم الشهيد الثاني في المسالك: ج ٥ ص ١٠٣، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: ج ٦ ص ١٩ ـ ٢٠.

(٢) كما في مسالك الأفهام: ج ٥ ص ١٠٣، وجامع المقاصد: ج ٦ ص ٢٠، والحدائق الناضرة: ج ٢١ ص ٤٣٤.

وكذا لو أودعه حالة السفر.

وإذا أراد السفر ردّها على المالك، فإن تعذّر فعلى الحاكم، فإن تعذّر أودعها من الثقة ولا ضمان،

الأردبيلي[١]. وهذا الّذي يستفاد من عدّة مواضع من كلامهم كما يأتي بلطف الله تعالى وتوفيقه.

ثمّ عد إلى عبارة الكتاب، فلو قال: «وإن كان مع أمن الطريق» لكان أولى، لأنّه يشمل حكم الخوف، ولعلّه تركه لوضوحه.

قوله: ﴿وكذا لو أودعه حالة السفر﴾ أي لا يضمن لو أودعه حالة السفر أو كان المستودع منتجعاً فإنّه يجوز السفر بها حينئذٍ من غير ضمان لقدوم المالك على ذلك حيث أودعه ماله على تلك الحالة، وليس على المستودع ترك السفر لأجلها، وكان هذا في معنى الإذن بالسفر بها بدلالة القرائن الحالية. وبالحكم المذكور صرّح في «التذكرة[٢] والتحرير[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥]» وكذا «مجمع البرهان[٦]» وكأنّ دليلهم لا يدلّ إلّا على السفر الّذي سلّمه المالك فيه، فتأمّل. وقال في «القاموس[٧]»: المنتجع المنزل لطلب الكلاء.

[في وجوب ردّ الوديعة عند السفر]

قوله: ﴿وإذا أراد السفر ردّها على المالك، فإن تعذّر فعلى الحاكم،

(١ و٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣٠٧ و٣١٣.

(٢) تذكرة الفقهاء: في جواز ردّ الوديعة ج ٢ ص ٢٠١ السطر الأوّل.

(٣) تحرير الأحكام: في أسباب ضمان الوديعة ج ٣ ص ١٩٧.

(٤) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ١٩. (٥) مسالك الأفهام: في موجبات ضمان الوديعة ج ٥ ص ١٠٤.

(٧) القاموس المحيط: ج ٣ باب العين ص ٨٧.

وكذا لو تعذّر ردّها على مالكها فإنّه يعيدها إلى الحاكم، فإن تعذّر فإلى الثقة مع الحاجة.

فإن تعذّر أودعها من الثقة ولا ضمان﴾ قد تقدّم الكلام[1] في ذلك.

[في وجوب رعاية الترتيب في الردّ]

قوله: ﴿وكذا لو تعذّر ردّها على مالكها فإنّه يعيدها إلى الحاكم، فإن تعذّر فإلى الثقة مع الحاجة﴾ يريد أنّه إذا أراد ردّها على مالكها من دون إرادة السفر وتعذّر المالك ردّها على الحاكم، ومع تعذّره فالثقة، لكن إنّما يجوز ذلك مع الحاجة الداعية إلى ذلك، أي الردّ على الحاكم أو الثقة، وبدونها يضمن كما في «المبسوط[2] والشرائع[3] والتذكرة[4] والتحرير[5] والإرشاد[6] وتعليقه[7] وجامع المقاصد[8] والمسالك[9]» بل في الأخير: هكذا ذكره الأصحاب لا نعلم فيه خلافاً بينهم ووافقهم جماعة من العامّة، وحكي عن بعض العامّة أنّه أجاز دفعها إلى الحاكم مطلقاً عند تعذّر المالك. ونفى عنه البُعد في «المسالك» والوجه فيما ذكره الأصحاب واضح لكنّه يلزمه لزوم الوديعة في هذه المدّة، والجواب ممكن والأمر هيّن، أمّا الدفع إلى الحاكم فلأنّه له ولاية على الغائب على هذا الوجه، وأمّا الثقة فلمكان الحاجة. وكأنّ دليله الإجماع كما في «مجمع البرهان[10]» وأمّا

---

(١) تقدّم في ص ٢٤٠ ـ ٢٤١.
(٢) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٢ ـ ١٣٣.
(٣) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٧.
(٤) تذكرة الفقهاء: في جواز ردّ الوديعة ج ٢ ص ٢٠٠ س ٩.
(٥) تحرير الأحكام: في أسباب ضمان الوديعة ج ٣ ص ١٩٧.
(٦) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٨.
(٧) لم نعثر عليه في تعليق الإرشاد للكركي، فراجع.
(٨) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢٠.
(٩) مسالك الأفهام: في أحكام الوديعة ج ٥ ص ١١٤.
(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣٠٤.

فإذا خالف هذا الترتيب في الموضعين مع القدرة ضمن.

الضمان عند عدم الحاجة فلأنّ المالك لم يرض بيد غيره ولا ضرورة فليحفظها حتّى يجد المالك أو يتجدّد له عذر.

ويبقى الكلام في ماذا أرادوا بالحاجة؟ قال في «جامع المقاصد»: لم أجد لها تعييناً في كلامهم، وفي التذكرة قال: إذا تبرّم المستودع بالوديعة فسلّمها إلى القاضي ضمن إلّا مع الحاجة، ولقائل أن يقول: إنّ دوام وجوب المحافظة على الوديعة ومراعاتها من الأُمور الشديدة المشقّة، ودفع هذه المشقّة أمرٌ مطلوب، وهو من آكد الحاجات فيسوغ معه التسليم إلى الحاكم، لكنّ هذا إنّما يكون مع طول الزمان ونحو ذلك، انتهى[1]. قلت: قد فسّرت الحاجة في «المبسوط[2] والتحرير[3] والتذكرة[4] والمسالك[5]» بالحرق والنهب وغير ذلك، وفسّر في المسالك «غير ذلك» بالضرورات، ثمّ إنّ الحاجة كغيرها من الأُمور الّتي لا تعيين لها في الشرع فيرجع فيها إلى العرف، فلو كانت هناك حاجة لا ترتكب عرفاً للوديعة جاز دفعها للحاكم ومنها السفر للتفقّه والنفقة وقضاء الدَين والسفر الواجب بأصل الشرع وبالنذر، إلى غير ذلك ممّا يعدّ عرفاً أنّه حاجة وضرورة بالنسبة إلى الوديعة كما في «مجمع البرهان[6]».

قوله: ﴿فإذا خالف هذا الترتيب في الموضعين مع القدرة ضمن﴾

---

(١) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢١.
(٢) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٣.
(٣) تحرير الأحكام: في أسباب ضمان الوديعة ج ٣ ص ١٩٨.
(٤) تذكرة الفقهاء: في جواز ردّ الوديعة ج ٢ ص ٢٠٠ س ٩.
(٥) مسالك الأفهام: في أحكام الوديعة ج ٥ ص ١١٣.
(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣٠٣.

والأَقرب وجوب القبض على الحاكم.

كما صرّح به في «المبسوط[١] والتذكرة[٢] والتحرير[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥] ومجمع البرهان[٦] والكفاية[٧]» وهو صريح «الشرائع[٨] والإرشاد[٩]» في بعض، وقضيّة كلامهما في الباقي، والمراد بالموضعين حالتا السفر والحضر،لكنّه في «التحرير[١٠]» استشكل في الضمان مع المخالفة فيما إذا أراد السفر لكنّه وصفه بالضعف. ونسب في «التذكرة[١١]» إلى علمائنا القول بالضمان إن دفع إلى الأمين وهو يجد الحاكم إذا أراد السفر، بل قد يظهر منها الإجماع في بقيّة المخالفة، وهذا في الحقيقة إيداع للغير. وقد قال في «التذكرة»: إن أودع من غير عذر ولا إذن ضمن إجماعاً كما تقدّم[١٢]. وقد يقال[١٣]: إنّ قوله في الكتاب «مع القدرة» مستدرك، لأنّه لا معنى له إلّا العدول عن المالك إلى الحاكم بدون تعذّر المالك، وكذلك القول في العدول عن الحاكم إلى الثقة.

[في وجوب القبض على الحاكم عند سفر المستودع]

قوله: ﴿والأقرب وجوب القبض على الحاكم﴾ كما جزم به في

---

(١) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٣ و١٣٩.
(٢ و١١) تذكرة الفقهاء: في جواز ردّ الوديعة ج ٢ ص ٢٠٠ س ٧ و١٤.
(٣ و١٠) تحرير الأحكام: في أسباب ضمان الوديعة ج ٣ ص ١٩٧.
(٤ و١٣) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢١.
(٥) مسالك الأفهام: في أحكام الوديعة ج ٥ ص ١١٤.
(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣٠٩.
(٧) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٨. (٨) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٧.
(٩) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٨.
(١٢) تقدّم في ص ٢٣٨.

«التذكرة[١]». وفي «الإيضاح[٢] والمسالك[٣]» أنّه أقوى. وفي «جامع المقاصد[٤]» أنّه الأصحّ، لأنّه منصوب للمصالح ولو لم يجب القبض فاتت المصلحة المطلوبة من نصبه. ولا ترجيح في «التحرير[٥]». وفي «جامع المقاصد[٦]» يحتمل ضعيفاً العدم تمسّكاً بأصل البراءة وستعرف ما فيه. والظاهر أنّهم يريدون الوجوب العيني، وإلّا فالكفائي على كلّ أحد لا خصوصيّة له بالحاكم.

وفي «مجمع البرهان» في كون الحاكم منصوباً لمثل هذه المصلحة منعٌ، ودفعه بالدليل غير ظاهر، بل هو منصوب للحكم والقضاء ولحفظ ما يتلف من مال الأطفال والغيّاب أيضاً إذا لم يوجد مَن يحفظه، وهنا يمكنه الحفظ بعدم السفر، إلّا أن يكون ضرورياً فبالإيداع عند ثقة. نعم لو تعذّر تعيّن عليه كما لو لم يكن إلّا ثقة واحد، فإنّه يجب عليه عندهم عيناً وإن لم يكن حاكماً، فلا فرق بين الحاكم وغيره[٧].

قلت: فيه أنّه ينافي إطباقهم على وجوب الدفع إلى الحاكم عند تعذّر المالك، إلّا أن تقول: إنّه يجب عليه الدفع ولا يجب على الحاكم القبول، لكنّه إذا كان وليّاً عن الغائب ـ كما طفحت به عباراتهم ـ كان القول بالوجوب عليه لا مناص عنه، لا بمعنى أنّه يقبضه بنفسه ويكون هو ودعيّاً، لأنّ ذلك فيه من العسر والمشقّة ما لا يخفى، لأنّ أمثال ذلك كثير الوقوع كاللقطة والديون والغصوب وأموال الأطفال والغيّاب، فلو وجب عليه قبض ذلك بنفسه لم يكن له شغل غير ذلك، فالظاهر أنّ المراد بوجوب قبضه وقبوله أعمّ من أن يكون بنفسه فيصير هو ودعيّاً أو يعيّن له

---

(١) تذكرة الفقهاء: في جواز ردّ الوديعة ج ٢ ص ٢٠٠ س ١٢.
(٢) إيضاح الفوائد: في الوديعة ج ٢ ص ١١٥.
(٣) مسالك الأفهام: في أحكام الوديعة ج ٥ ص ١١٤.
(٤ و٦) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢١.
(٥) تحرير الأحكام: في أسباب ضمان الوديعة ج ٣ ص ١٩٨.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣٠٣ ـ ٣٠٤.

وكذا المديون والغاصب إذا حملا الدَين أو الغصب إليه.

أميناً يكون قابضاً بحكمه وولايته لا بوكالته، فيكون الودعي الأمين لا الحاكم، وهذا به أولى، لأنّه في شغلٍ شاغل عن مباشرة أمثال هذه الأُمور كما عرفت. فكان الجزم بذلك كما في «التذكرة[1]» هو الصحيح، ولا معنى لقولهم الأقرب والأقوى والأصحّ. فليتأمّل في ذلك، فإنّه عامّ في جميع الأمانات الّتي يليها الحاكم.

ولم يبيّنوا لنا الحال في الثقة هل يجب عليه القبض لأنّهُ كالوليّ أم لا؟ ثمّ إنّ ذلك لعلّه مبنيّ على وجوب حفظ مال الغير، وقد تقدّم الحال فيه.

[في وجوب قبض الحاكم الدين عند سفر المديون]

قوله: ﴿وكذا المديون والغاصب إذا حملا الدَين أو الغصب إليه﴾ أي يجب القبول على الحاكم إذا حمل الدَين والغصب إليه كما في «الإيضاح[2]» وكذا «المسالك[3]». وقال في «جامع المقاصد[4]»: لا يتقيّد هذا بإرادة السفر ولا بحصول الحاجة بالنسبة إلى الغاصب، لأنّ يده يد عدوان. وينبغي أيضاً في المديون ذلك، لأنّ براءة الذمّة أمرٌ مطلوب. ثمّ احتمل عدم وجوب القبول نظراً إلى أنّ البقاء في يد الغاصب أعود على المالك لكونه مضموناً في يده. وكذا المديون، لأنّ الدَين في ذمّته. قلت: هذا هو الأحوط لكنّه إنما يتمّ إذا لم يكن له معارض، والحاجة المنفية في كلامه غير الحاجة القائمة في الغاصب والمديون.

---

(١) تقدّم في ص ٢٤٧ ـ ٢٤٨.

(٢) إيضاح الفوائد: في الوديعة ج ٢ ص ١١٥.

(٣) مسالك الأفهام: في أحكام الوديعة ج ٥ ص ١١٤.

(٤) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢٢.

ولو أراد السفر فدفنها ضمن، إلّا أن يخاف المعاجلة.

[في ضمان المستودع لو دفن الوديعة]

قوله: ﴿ولو أراد السفر فدفنها ضمن، إلّا أن يخاف المعاجلة﴾ كما في «الشرائع[1] والإرشاد[2]» وهذا الإطلاق يشمل ما إذا تعذّر الوصول إلى المالك أو الحاكم أو إيداع الثقة أو لم يتعذّر، سواء دفنها في حرز أو غير حرز، أعلم بها الثقة أو الفاسق أو لم يُعلم أحداً، وسواء كان الثقة في منزل الدفن أو خارجاً عنه، ولا فرق في ذلك كلّه بين كونه مضطرّاً إلى السفر أو لا، ولا بين كون الدفن مغيّراً لها أم لا. فقضيّة الكتب الثلاثة أنّه يضمن بدفنها في جميع هذه الصوَر إلّا أن يخاف عليها معاجلة السارق أو الظالم فإنّه لا يضمن، لأنّ حفظها حينئذٍ لا يكون إلّا بالدفن، فيجب ويجزي لأنّه المقدور. ويعتبر كونه في حرز مع الإمكان.

وهذا تحرير كلام «المبسوط[3] والتذكرة[4] والتحرير[5]» وكلام العامّة[6]. وهو صحيح إلّا فيما إذا دفنها ولم يتمكّن من أحد الأربعة وأعلم الثقة بها الساكن في موضع دفنها، لأنّ إعلامه بذلك إيداع له، وقد فهم وقبل. أو نقول: إنّ السكنى في موضع الدفن مع العلم بما فيه مستلزم لليد عليه، فيكون داخلاً في حفظه وتحت يده، فيجب عليه الحفظ، وهو خيرة «التذكرة[7] والتحرير[8] وجامع المقاصد[9]» ونظر

---

(١) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٧.

(٢) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٨.

(٣) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٣.

(٤ و٧) تذكرة الفقهاء: في جواز ردّ الوديعة ج ٢ ص ٢٠٠ س ٣٣ و٣٦.

(٥ و٨) تحرير الأحكام: في أسباب ضمان الوديعة ج ٣ ص ١٩٧.

(٦) المجموع: في الوديعة ج ١٤ ص ١٨٥.

(٩) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢٢.

المصنّف في الكتابين والمحقّق في «الشرائع» إلى أنّه إعلام لا إيداع، لأنّ الإيداع يستلزم إيجاب الحفظ والقبول بخلاف الإعلام، فإنّه لا يلزمه حفظها بمجرّد الإعلام. وقال في «المسالك[1]»: إن فيه قوّة. وإن فسّرت المعاجلة في الكتب الثلاثة بمعاجلة الرفقة إذا أراد السفر وكان ضرورياً، وكان التخلّف عنها مضرّاً فإنّه لا ضمان عليه في دفنها لمكان الحاجة. والتفسيران للمعاجلة محكيّان[2] عن الشهيد، والأوّل هو المتبادر من «التذكرة[3] والتحرير[4]».

وأمّا عباراتهم في المقام ففي «المبسوط[5]» فإذا أراد المودع السفر فدفنها فلا يخلو إمّا أن يُعلم به غيره أو لم يُعلم به، فإن لم يُعلم به غيره ضمن، لأنّه غرّر، لأنّه ربما مات المودع في السفر ولم يعلم وتتلف الوديعة في الدفن، وربّما تتلف أيضاً بالغرق أو الحريق أو تحت الأرض. وإن أعلم غيره، فإن كان فاسقاً ضمن، لأنّه أشهرها، وإن عرّف ثقةً أميناً نظرت، فإن كان ممّن لا يسكن تلك الدار الّتي دفن فيها فإنّه يضمن، لأنّه عرّف من لا يأمنه المودع كما لو كان المودع حاضراً، وإن أعلم من سكن تلك الدار الّتي دفن فيها فهل يضمن أم لا؟ فيه الفصول الثلاثة الّتي ذكرناها فيما قيل في ردّ الوديعة، انتهى. وقد كان ذكر في ردّ الوديعة أنّهُ إمّا على المالك أو غيره لعذرٍ أو لغير عذر، وأنّه مع العذر يردّ على الحاكم، فإن فقد فعلى الثقة كما تقدّم[6] بيانه.

وذكر في «التذكرة» مثل ما في المبسوط بدون تفاوت في المعنى إلى قوله:

---

(١) مسالك الأفهام: في أحكام الوديعة ج ٥ ص ١١٥.
(٢) حكاه عنه المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢٢ ـ ٢٣.
(٣) تذكرة الفقهاء: في جواز ردّ الوديعة ج ٢ ص ٢٠٠ س ٣٣.
(٤) تحرير الأحكام: في أسباب ضمان الوديعة ج ٣ ص ١٩٨.
(٥) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٣.
(٦) تقدّم في ص ٢٤٠ ـ ٢٤١ و ٢٤٥.

ومَن حضرته الوفاة وجبت عليه الوصية بما عنده من الوديعة،

فإن أعلم مَن سكن، فإنّ في «التذكرة[1]» فإن كان ساكناً في الموضع، فإن كان ذلك مع عدم صاحبها والحاكم جاز، لأنّ الموضع وما فيه في يد الأمين والإعلام كالإيداع، وإن كان فيه مع القدرة على الحاكم فعلى الوجهين السابقين، انتهى. ولم يتعرّض فيهما* لخوف المعاجلة وعدمه، لكنّه قال بعد ذلك في «التذكرة[2]» في جملة فروع: لو دفن الوديعة في غير حرز عند إرادة السفر ضمن على ما تقدّم، إلّا أن يخاف عليها المعاجلة، وكذا يضمن لو دفنها في حرز ولم يُعلم بها أميناً، أو أعلم أميناً حيث لايجوز الإيداع عند الأمين، انتهى. ومراده في قوله: «وكذا يضمن» أنّه يضمن إلّا مع خوف المعاجلة.

وفي «التحرير[3]» لو دفنها في موضع وأعلم بها ثقة يده على الموضع وكانت ممّا لا يغيّره الدفن فهو كإيداعه عنده، وإن لم يعلم بها أحد ضمنها إلّا مع خوف المعاجلة عليها، وكذا يضمن لو أعلم بها غير الثقة أو أعلم بها الثقة ولم يشعره بالمكان أو أشعره وليس ساكناً بالمكان أو كانت ممّا يتغيّر بالدفن.

[في وجوب الوصية بالوديعة عند الوفاة]

قوله: ﴿ومن حضرته الوفاة وجبت عليه الوصية بما عنده من

---

* ـ أي المبسوط والتذكرة (منه).

(١ و٢) تذكرة الفقهاء: في جواز ردّ الوديعة ج ٢ ص ٢٠٠ س ٣٥.
(٣) تحرير الأحكام: في أسباب ضمان الوديعة ج ٣ ص ١٩٧.

الوديعة﴾ جعل الواجب هو الإيصاء كما في «التذكرة[١] والمفاتيح[٢]» وظاهر «جامع المقاصد[٣]» وهو يتحقّق بدون الإشهاد، والموجود في «المبسوط[٤] والسرائر[٥] والشرائع[٦] والتحرير[٧] والإرشاد[٨]» أنّه يجب عليه الإشهاد عند خوف الموت أو ظهور أماراته أو حضور الوفاة على اختلافهم في التعبيرات كما ستسمع. والمتبادر من الإشهاد أن يشهد شاهدين ليحصل بهما الإثبات حيث ينكر الورثة أو يكون بعضهم صغاراً لئلّا يمتنع الوصيّ من تسليمها إلى مالكها من دون الإثبات، وقد يكون أراد المصنّف في كتابيه ما أرادوا كما هو صريحه في الفرع الرابع[٩]، كما أنّه يحتمل أنّهم أرادوا مجرّد الإيصاء، وهو بعيد جدّاً، لأنّه خلاف المتبادر من الإشهاد لتكرّره في «المبسوط والسرائر» قالا: إذا حضرته الوفاة فإنّه يلزمه أن يشهد على نفسه بأنّ عنده وديعة لفلان ويشهد حتّى لا يختلط بماله. ولعلّهما أرادا بالإشهاد الأوّل الإيصاء. وقد جعل في الكفاية في المسألة قولين، قال في «الكفاية[١٠]» وجب الإشهاد على قولٍ أو الإيصاء على قولٍ آخر. ونحوه ما في «المفاتيح[١١]» غير أنّه استظهر براءته بالإيصاء.

وقد عبّر بمن حضرته الوفاة في «المبسوط[١٢] والسرائر[١٣] والتحرير[١٤]» والمراد حصول الظنّ بالموت بظهور العلامات كما في «الشرائع[١٥] والكفاية[١٦] والمفاتيح[١٧]»

(١ و٩) تذكرة الفقهاء: في حكم الوصيّة بالوديعة ج ٢ ص ٢٠١ س ٢ و١٠.

(٢ و١١ و١٧) مفاتيح الشرائع: في وجوب الإيصاء بالوديعة ج ٣ ص ١٦٦.

(٣) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢٣.

(٤ و١٢) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٩.

(٥ و١٣) السرائر: في الوديعة ج ٢ ص ٤٣٩.

(٦ و١٥) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٤.

(٧ و١٤) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ٢٠٠.

(٨) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٨.

(١٠ و١٦) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٣ ـ ٦٩٤.

قال في «الشرائع»: إذا ظهر للمودع أمارات الموت وجب الإشهاد. وهو معنى ما في «التذكرة[١] وجامع المقاصد[٢]» من أنّه إذا مرض مرضاً مخوفاً أو حبس ليقتل.

وظاهر عبارات الجميع ما عدا «التحرير والتذكرة» في أوّل كلامه فيها أنّ الإيصاء والإشهاد كاف وإن قدر على إيصالها إلى مالكها أو من يقوم مقامه، لأنّه لم يخرج بذلك عن أهليّة الأمانة فيستصحب، والأصل عدم الوجوب، ووجوب الإشهاد لا ينافيه، لأنّه من وجوه الحفظ الواجب عليه.

وقال في «التحرير[٣]» إذا حضرت المودع الوفاة وجب عليه دفعها إلى المالك أو الوكيل أو الحاكم أو الثقة على الترتيب، ولو تعذّر وجب الإيصاء بها والإشهاد. ونحوه ما في «التذكرة[٤]» في أوّل كلامه. ولعلّ وجهه أنّ الإيصاء غير كافٍ في دفع خوف الضياع، لاحتمال عدم وصولها إلى أهلها، لاحتمال عدم وصولها إلى يد الوصيّ بسببٍ من الأسباب واحتمال تلفها في يده بتفريط وعدمه، ولا ريب أنّه أحوط.

وقال في «التذكرة» بعد ذلك في فروع المسألة: الأقرب الاكتفاء بالوصيّة وإن أمكنه الردّ إلى المالك، لأنّه مستودع لا يدري متى يموت فيستصحب الحكم، ويحتمل أن يجب عليه الردّ إلى المالك أو وكيله عند المرض، فإن تعذّر أودع عند الحاكم أو أوصى إليه كما إذا عزم على السفر. وهو قول أكثر الشافعيّة[٥].

ومراده بالمرض المرض المخوف، وإلّا ففي «مجمع البرهان[٦]» أنّ الظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب عند مطلق المرض، وأيضاً كلامه يقضي بالتخيير بين إيداع الحاكم والإيصاء إليه، لكنّ الظاهر أنّ مراده بقرينة قوله «كما إذا عزم على

(١ و٤ و٥) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة بالوديعة ج ٢ ص ٢٠١ س ٢ و٩.
(٢) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢٥.
(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ٢٠٠.
(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣٣٥.

فإن أهمل ضمن،

السفر» أنّه بعد تعذّر الحاكم يودع الثقة ثمّ إن تعذّر فالإيصاء كما تقدّم مثله مراراً، لكنّ فيه: أنّ كلامه صريح في الإيصاء إلى الحاكم، فتأمّل. وليس المراد بالإيصاء هو الإيداع كما صرّح هو به، قال: توهّم بعض الناس أنّ المراد من الوصيّة بها تسليمها إلى الوصيّ ليدفعها إلى المالك، وهو الإيداع بعينه، وليس كذلك، بل المراد الأمر بالردّ من غير أن يخرجها من يده، فإنّه والحال هذه مخيّر بين أن يودع للحاجة وبين أن يقتصر على الإعلام والأمر بالردّ، لأنّ وقت الموت غير معلوم ويده مستمرّة على الوديعة ما دام حيّاً[1]. وهذا أيضاً صريح في عدم وجوب الردّ عيناً، بل تخييراً. وذلك هو المراد من آخر عبارتي «المبسوط[2] والسرائر[3]» وإن أوهمتا خلاف ذلك ولا ترجيح في «الكفاية[4]».

وكيف كان، فالظاهر أنّ دليل وجوب الإيصاء هو أنّ المدار على وجوب حفظ الوديعة مهما أمكن حتّى تصل إلى أهلها، وذلك لا يتمّ هنا إلّا بالإيصاء، وأدلّة وجوب الوصيّة على المحتضر، بل لعلّه لا خلاف في وجوبها عليه، ولكن حيث كان المدار على وجوب الحفظ كما قضت به قواعد الوديعة فلا ريب أنّه تارةً يحصل بالإيصاء فقط، وتارةً لابدّ منه ومن الإشهاد، وأُخرى يكفي فيه الإشهاد، بل قد لا يحتاج إلى الوصيّة، فلعلّ اختلاف الكلمة على اختلاف النظر واختلاف المقامات في الحفظ. فليتأمّل.

قوله: ﴿فإن أهمل ضمن﴾ كما في «التذكرة[5] والتحرير[6] وجامع المقاصد[7]

(١ و٥) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة بالوديعة ج ٢ ص ٢٠١ س ٦ و٤.
(٢ ـ ٤) تقدّمت في ص ٢٥٣.
(٦) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ٢٠٠.
(٧) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢٣.

والمسالك[١] ومجمع البرهان[٢]» وهو قضية كلام «المبسوط[٣] والسرائر[٤] والشرائع[٥] والإرشاد[٦]» وإن لم يصرّح به فيها، لأنّه فرّط حيث غرّر بها.

ومعنى ضمانه أنّه يحكم بكونها مضمونة في يده، فلو تلفت بغير تفريط في وقت الضمان ولو قبل الموت كانت مضمونة عليه تؤخذ من ماله كالدَين وعوض الغصب. وكذا بعد الموت وإن لم يقصّر الورثة في المبادرة إلى إعلام المالك والردّ عليه فتلفت قبله بآفة أو إتلاف متلف أو بتردّيه في بئر ونحوها، ويكون آثماً أيضاً بتركه الوصيّة.

ولعلّ التفريط والتقصير إنّما يحصل بتركها حين الموت أو قبيله حيث ييأس من الحياة ولا يقدر على الوصيّة وإن لم يكن مات، لكن في «المسالك[٧]» أنّه لا يستقرّ الضمان إلى أن يموت، فيعلم التفريط في أوّل زمان ظهر فيه أمارة الموت، سواء كان ذلك في ابتداء المرض أم في أثنائه. وهذا معنى قوله في «التذكرة[٨]»: التقصير هنا إنّما يتحقّق بترك الوصيّة إلى الموت، فلا يحصل التقصير إلّا إذا مات لكن يتبيّن عند الموت أنّه كان مقصّراً من أوّل ما مرض، انتهى.

وقد يقال[٩]: إنّ التقصير يحصل قبل الموت كما عرفت، ثمّ إنّ الظاهر أنّ الوقت موسّع، لأنّه إذا ظنّ بقاءه قادراً على الوصيّة كان كحال الصحّة، فكونه من أوّل المرض كأنّه محلّ تأمّل، إلّا أن تقول: إنّ مراده من قوله «من أوّل ما مرض»

(١ و٧) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩٤.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣٢٤.
(٣) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٩.
(٤) السرائر: في الوديعة ج ٢ ص ٤٣٩.
(٥) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٤.
(٦) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٨.
(٨) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة بالوديعة ج ٢ ص ٢٠١ س ٥.
(٩) الظاهر أنّ القائل هو الأردبيلي، فراجع مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص٣٣٦.

إلّا أن يموت فجأةً على إشكال.

ما قاله في «المسالك[١]» من أنّه أوّل زمان ظهر فيه أمارات الموت ... إلى آخره. وقد يردّ على «المسالك» ما إذا ظهرت أمارات الموت وظنّ البقاء معها يوماً أو نصف يوم أو نحو ذلك، فتأمّل، إذ الكشف قويّ لا بأس به.

قوله: ﴿إلّا أن يموت فجأةً على إشكال﴾ ومثله القتل غيلةً. وعدم الضمان خيرة «التذكرة[٢] والتحرير[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥]» وهو الّذي حكاه الشهيد[٦] عن فخر الإسلام، ولعلّه سمعه منه شفاهاً، لأنّه لا يعدّ مقصّراً. ولو وجب الضمان لاقتضى وجوب الوصيّة على كلّ مستودع من حين قبض الوديعة حتّى لو أخّر ساعة يضمن، وعمل جميع الفقهاء على خلافه.

والضمان خيرة «الإيضاح[٧]» واحتجّ عليه بأنّ الوصيّة والإشهاد سبب في منع الوارث من جحودها، وفي وجوب أدائها ظاهراً إن علم بها، وفي نفس الأمر إن لم يعلم، وذلك كلّه سبب للحفظ، فتركه ترك سبب الحفظ ولا معنى للتفريط إلّا ذلك.

وفيه: أنّ المدار في الضمان على التقصير والتفريط عرفاً أو شرعاً بمعنى مخالفة الواجب عليه، فإذا ترك سبباً لا يعدّ سبباً في نظر الشارع وأهل العرف، وما هو في نظرهم إلّا كالمسرع تحت الجدار المستقيم مخافة أن يسقط عليه لا يعدّ مقصّراً، ولذلك لم يجب الإشهاد والإيصاء إلّا عند أمارات الموت، فلا معنى للتعليل بالتفريط.

(١ و ٥) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩٥.
(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة بالوديعة ج ٢ ص ٢٠١ س ٢٦.
(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ٢٠٠.
(٤) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢٣.
(٦) لم نعثر على هذه الحكاية في كتب الشهيد ولعلّه كما قال الشارح سمعه من الفخر شفاهاً.
(٧) إيضاح الفوائد: في الوديعة ج ٢ ص ١١٥.

ولو أوصى إلى فاسقٍ أو أجمل كقوله: (له ـ خ ل) عندي ثوب وله أثواب ضمن.

ولعلّ الاستثناء منقطع، لأنّ موت مَن حضَرته الوفاة فجأةً غير متصوّر.

[في ما لو أوصى إلى فاسق أو أجمل]

قوله: ﴿ولو أوصى إلى فاسقٍ أو أجمل كقوله: عندي ثوب وله أثواب ضمن﴾ كما هو خيرة «التذكرة[1] والتحرير[2] وجامع المقاصد[3] والمسالك[4]» في الحكمين وخيرة «المفاتيح[5]» في الأوّل، وظاهر «المبسوط[6]» في الثاني ذكره في أثناء مسألة اُخرى.

أمّا الأوّل فلأنّ الوصيّة إلى الفاسق تزيد في التضييع، لأنّه مع السلطان عليها أقرب إلى الخيانة. قال في «التذكرة[7]»: يجب الإيصاء إلى أمين، فإن أوصى إلى غير ثقة فهو كما لو لم يوص ويجب عليه الضمان، لأنّه غرر بالوديعة. ولا يجب أن يكون أجنبيّاً، بل يجوز أن يوصي بها إلى وارثه ويشهد عليه، ومراده أن يشهد على الإيصاء. وهذا ما أشرنا إليه آنفاً.

وفي «الكفاية[8]» وكذا «مجمع البرهان[9]» أنّه لا يبعد الاكتفاء بكونه أميناً وإن لم يكن عدلاً.

(١ و٧) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة بالوديعة ج ٢ ص ٢٠١ س ١٠.

(٢) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ٢٠٠.

(٣) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢٤.

(٤) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩٥.

(٥) مفاتيح الشرائع: في وجوب الإيصاء بالوديعة ج ٣ ص ١٦٦.

(٦) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٧.

(٨) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٤.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣٢٧.

قلت: وجه الحكم ظاهر على تقدير اشتراط العدالة في الوصيّ مطلقاً كما نقل عليه الإجماع جماعة[١] كما بيّن في محلّه ويكون الضمان من حين الوصيّة إلى غير العدل، ويحتمل أن يراعى بالموت، فإذا مات وترك الوصيّة إلى العدل علم أنّه ضامن من حين الترك، لاحتمال أن يرجع ويوصي إلى العدل مع الإشهاد. وأمّا عَلَى تقدير عدم اشتراطها في الوصيّ فلا ضمان. ويحتمل اشتراط العدالة هنا وإن لم نشترطها في مطلق الوصيّ، لأنّ الإيصاء كالإيداع، فليتأمّل.

وأمّا الثاني فلأنّ الوديعة مع الإجمال لا تُعرف بعينها فلا يمكن ردّها بحسب العادة، وذلك منافٍ للحفظ. قال في «التذكرة»: إذا أوصى بالوديعة وجب أن يبيّنها ويميّزها عن غيرها بالإشارة إلى عينها أو بيان جنسها ووصفها، فلو لم يبيّن الجنس ولا أشار إليه بل قال: عندي وديعة فهو كما لو لم يوص. ولو ذكر الجنس فقال: عندي ثوب لفلان ولم يصفه، فإن لم يوجد في تركته جنس الثوب فأكثر علمائنا على أنّ المالك يضارب الغرماء بقيمة الوديعة لتقصيره بتركه البيان ... إلى أن قال: وإن وجد في تركته جنس الثوب فإمّا أن يوجد أثواب أو ثوب واحد، فإن وجد أثواب ضمن، لأنّه إذا لم يميّز كان بمنزلة ما إذا خلط الوديعة، وذلك سبب موجب للضمان. وكذا ما ساواه، وهو عدم تنصيصه على التخصيص، وإن وجد ثوب واحد ففي تنزيل كلامه عليه إشكال. قال الشافعي: إنّه ينزّل عليه ويدفع إليه. ومنهم مَن أطلق القول بأنّه إذا وجد جنس الثوب ضمن ولا يدفع إليه عين الموجود، أمّا الضمان فللتقصير بترك البيان، وأمّا أنّه لا يدفع إليه عين الموجود فلاحتمال أن تكون الوديعة قد تلفت، والموجود غيرها، وهو جيّد[٢]، انتهى.

وقضيّة كلامه في «الكتاب» أنّه لو لم يكن إلّا ثوب واحد فلا ضمان. وهو

---

(١) منهم ابن زهرة في الوديعة: ص ٣٠٦، والطباطبائي في الرياض: ج ٩ ص ٤٧٨.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة بالوديعة ج ٢ ص ٢٠١ س ١٢ ـ ١٨.

أمّا لو قال: عندي ثوب ولم يوجد في التركة ثوب لم يضمن، تنزيلاً على التلف قبل الموت على إشكال.

خيرة «التحرير[1]» بمعنى أنّه ينزّل كلامه عليه، لأنّ الأصل عدم غيره والأصل بقاء حقّه الثابت بالإقرار فيستصحب إلى أن يعلم التلف، ولا يعارضه احتمال أن تكون قد تلفت قبل الوصيّة بغير تفريط فلا ضمان، والثوب الموجود من التركة، لأنّه يدفعه أنّ مقتضى كلام الموصي بقاؤها إلى حين الوصيّة، والأصل عدم التلف، فينزّل إطلاق كلامه عليه، لكنّه في «المسالك[2]» نسب إلى ظاهر كلامهم أنّ الإجمال المذكور يعدّ تقصيراً يوجب الضمان، وقد عرفت المتعرّض لهذا الفرع، وهو المصنّف في «التذكرة والتحرير» وظاهر «الكتاب». وأمّا المحقّق الثاني فلم يجزم بعدّ ذلك تقصيراً لا في أوّل كلامه ولا في آخره. نعم قد يمكن فهم ذلك من عبارة «المبسوط» وستسمعها في المسألة الآتية[3]. قال في «المسالك»: الحقّ أنّ الحكم مبنيّ على أنّ الإجمال المذكور هل يعدّ تقصيراً يوجب الضمان كما هو ظاهر كلامهم أم لا؟ فإن قلنا بالأوّل ضمن قطعاً للتفريط، وإن قلنا بالثاني فلا لأصالة عدمه وبراءة الذمّة، وأمّا أصالة بقائه فلا تقتضي الضمان، بل هي أعمّ[4]. وقد أومى إلى نحو ذلك في «جامع المقاصد[5]».

قوله: ﴿أمّا لو قال: عندي ثوب ولم يوجد في التركة ثوب لم يضمن، تنزيلاً على التلف قبل الموت على إشكال﴾ حكم هنا بعدم

---

(١) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ٢٠٠.

(٢ و ٤) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩٦.

(٣) سيأتي في ص ٢٦٣.

(٥) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢٥.

الضمان على إشكال كما في «التحرير[١] والحواشي[٢]» في خصوص المثال، وحكم في«الإرشاد[٣]»بالضمان على إشكال، ونحوه ما في الشرائع فيما يشبه المثال أو هو هو، قال في«الشرائع[٤]»:إذا اعترف بالوديعة ثمّ مات وجهلت عينها قيل: تخرج من أصل تركته، ولو كان له غرماء وضاقت التركة حاصّهم المستودع،وفيه تردّد. وتردّده يحتمل أمرين: أحدهما أن يكون في أصل الضمان، والثاني في كيفيّته، كما يأتي مثله في«الكتاب» حيث قال: ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته فهي والدَين سواء على إشكال، هذا إن أقرّ أنّ عنده وديعة أو عليه وديعة، أمّا لو كانت عنده في حياته ولم توجد عينها ولم يعلم بقاؤها ففي الضمان إشكال[٥]. والظاهر أنّ الإشكال الأوّل في كيفيّته والثاني في أصله كالإشكال الموجود هنا في المثال.

قال في «الإيضاح[٦]»: إنّ الإشكال في الكيفيّة مبنيّ على الإشكال هنا أي في المثال، فقال: إنّ هذا في أصل الضمان وذاك في كيفيّته.

ووجهه ـ أي التردّد في الأوّل أي أصل الضمان ـ أنّ أقصى ما ثبت من اعترافه بها في حياته وجوب حفظها، وإلّا فذمّته بريئة من ضمانها، فإذا لم تعلم بعد الموت احتمل تلفها قبله بدون تفريط وردّها إلى مالكها، والأصل براءة ذمّته من الضمان، وأصل عدم تلفها وعدم ردّها لا ينافي أصل البراءة، إذ لا يلزم من بقائها تعلّقها بالذمّة. ووجهه في الثاني أنّ أصل بقائها اقتضى كونها في جملة التركة غايته أنّ

(١) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ٢٠٠.

(٢) الحاشية النجّارية: في الوديعة ص٨٣ س٢ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٣) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٨.

(٤) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٨.

(٥) سيأتي في ص ٣٥٢.

(٦) إيضاح الفوائد: في الوديعة ج ٢ ص ١٢٣.

عينها مجهولة، فيكون مالكها بمنزلة الشريك القهري، فيقدّم بالحصّة على غيره من الغرماء، والانتقال إلى البدل إذا تعذّرت العين إنّما يكون مع عدم العلم بوجودها في جملة المال، وإلّا منعنا البدل، وأصالة البقاء قد أوجبت ذلك، كذا قيل [1]. وفيه نظر ظاهر، لأنّ ذلك يقضي بوجودها في التركة والمفروض عدمه، وفرض الوجود للأصل لا يجدي في الشركة القهريّة، فتأمّل.

وجعل وجهي إشكال الكتاب هنا في «الإيضاح [2] وجامع المقاصد [3]» من قول أكثر علمائنا بأنّه يضمن، لأنّه يجب عليه الردّ لقوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» [4] والمسقط هو التلف من غير تفريط، وهو مشكوك فيه، وإنّا قد تحقّقنا أنّ عنده وديعة يجب عليه ردّها لكن جهلت عينها فوجب ضمانها في ماله، كما لو كانت عنده وديعة فدفنها وسافر ولم يطّلع عليها أحد، فإنّ الضمان يجب عليه، فالسفر والموت في هذا المعنى واحد، وهذان حجّة الشيخ في «المبسوط [5]» على الضمان حيث قوّاه. ومراده بجهل عينها جهل مكان عينها، لأنّه لو كان الجهل بتمييزها عن غيرها مع وجودها لم يكن في الضمان إشكال، كما لو أوصى بثوب وله أثواب كما تقدّم. وهذه عبارة «المبسوط» الّتي وعدنا بها آنفاً. ومن أنّ الوديعة ليست سبباً للضمان، بل سببه التفريط ولم يعلم، والحكم بوجوب الضمان مع الجهل بسببه باطل، ووجوب الردّ مشروط بوجود العين ولم توجد.

وأنت خبير بأنّه إذا كان المفروض إجماله في الوصيّة وتقصيره في البيان

---

(١) القائل هو الشهيد الثاني في المسالك: في الوديعة ج ٥ ص ١٢٣.

(٢) إيضاح الفوائد: في الوديعة ج ٢ ص ١١٦.

(٣) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢٤.

(٤) عوالي اللآلي: ج ٣ ص ٢٥١ ح ٣، سنن ابن ماجة: ج ٢ ص ٨٠٢ ح ٢٤٠٠.

(٥) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٨.

ينبغي أن يكون توجيه الإشكال بغير ما ذكر، فليتأمّل جيّداً، إذ لعلّ الحال لم يبن على الإجمال.

وكيف كان، فالضمان قول أكثر علمائنا كما في «التذكرة[١]» في موضعين منها، أحدهما ما نحن فيه و«الإيضاح[٢] وجامع المقاصد[٣]» وعليه نصّ الأصحاب كما في «شرح الإرشاد[٤]» لفخر الإسلام، وهو المشهور كما في «المسالك[٥] والكفاية[٦]» لكنّي لم أجد مصرّحاً به غير الشيخ في «المبسوط» والمصنّف فيما سمعته من كلامه[٧] فيما يأتي حيث يجعل الإشكال الأوّل في الكيفيّة لا في أصل الضمان كما في «الكنز[٨]» والموافق لهما في خصوص المثال صاحب «المسالك». نعم هو خيرة المحقّق والمصنّف في مضاربة «النافع[٩] والتذكرة[١٠]» وكذا مضاربة «الكتاب[١١] والتحرير[١٢]» على إشكال له فيهما وهو الظاهر من «جامع الشرائع[١٣]» وقد نقلنا بعض عباراتهم في باب الرهن في أوّل الفصل السادس[١٤] لكنّا لم نتحقّق هذه الشهرة بعد التتبّع في الباب ولا باب المضاربة ولا الرهن، لكنّ الناقل لها جماعة كثيرون كما عرفت

(١) تذكرة الفقهاء: في الوصيّة بالوديعة ج ٢ ص ٢٠١ س ١٤ و٢٧.
(٢) إيضاح الفوائد: في الوديعة ج ٢ ص ١١٦.
(٣) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢٤.
(٤) شرح الإرشاد للنيلي: في الوديعة ص ٦٥ س ١٠.
(٥) مسالك الأفهام: في أحكام الوديعة ج ٥ ص ١٢٣.
(٦) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٧٠١.
(٧) تقدّمه في ص ٢٥٧ ويأتي في ص ٣٤٧ توضيحه بالتفصيل.
(٨) كنز الفوائد: في الوديعة ج ١ ص ٦١٣.
(٩) المختصر النافع: في المضاربة ص ١٤٥.
(١٠) تذكرة الفقهاء: في كتاب القراض ج ٢ ص ٢٤٨ س ٨.
(١١) قواعد الأحكام: في القراض ج ٢ ص ٣٤٦.
(١٢) تحرير الأحكام: في القراض ج ٣ ص ٢٦٧.
(١٣) الجامع للشرائع: في القراض ص ٣١٦.
(١٤) تقدّم في ج ١٥ ص ٥٤٠ ـ ٥٤٢.

وهم أدرى وأطلع، وقد استوفينا الكلام في المسألة في باب المضاربة[١] أكمل استيفاء.

ولعلّ حجّتهم ما رواه الشيخ في «التهذيب[٢]» عن ابن محبوب عن أحمد عن البرقي عن النوفلي عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن عليّ عليه‌السلام أنّه كان يقول: مَن يموت وعنده مال مضاربة، قال: إنّه إن سمّاه بعينه قبل موته فقال: هذا لفلان فهو له، وإن مات ولم يذكر فهو اُسوة الغرماء. ورواه في «الفقيه[٣]» عن عليّ عليه‌السلام مرسلاً. ورواه بالمعنى في «السرائر[٤]» كما عرفت. ولا فرق بين الوديعة والمضاربة في ذلك، والشهرة إن تمّت جبرته سنداً ودلالةً وكان حجّة، والظاهر تماميّتها.

وقد احتجّ لهم بقوله صلى‌الله‌عليه‌وآله: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»[٥] كما سمعت، وفيه: أنّه مخصوص بالأمانات، ولم يعلم هنا ما يزيل الأمانة، والأصل عدمه، وبأنّه قصّر في ترك الردّ أو الإيصاء والتعيين، وفيه: أنّ الأصل في فعل المسلم والظاهر من حاله أن لا يخلّ بواجب، إلّا أن تقول: إنّه بتركه التعيين أخلّ بواجب فتأمّل، وبأنّ الأصل البقاء والأصل عدم التلف إلّا على وجه مضمون، وقد عرفت أنّ أصل البقاء لا يعارض أصل البراءة، والأصل الثاني غير أصيل، ولذلك قال في «التذكرة[٦]»: إنّ الّذي يقتضيه النظر عدم الضمان، والّذي عليه فتوى أكثر العلماء منّا ومن الشافعية الضمان، انتهى.

وعدم الضمان خيرة «الإيضاح[٧]» في المثال. وفي «جامع المقاصد[٨]» أنّ

---

(١) يأتي في ج ٧ ص ٥٠٨ ـ ٥١٠ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء الحادي والعشرين.
(٢) تهذيب الأحكام: المضاربة ج ٧ ح ٨٥١ ص ١٩٢.
(٣) من لا يحضره الفقيه: المضاربة ج ٣ ح ٣٨٤٧ ص ٢٢٩.
(٤) السرائر: في المضاربة ج ٢ ص ٤١١.
(٥) تقدّم في ص ٢٦٢.
(٦) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠١ س ٢٧.
(٧) إيضاح الفوائد: في الوديعة ج ٢ ص ١١٦.
(٨) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢٥.

ولو وجد على كيسٍ مختومٍ أنّه وديعة فلان لم تسلم إليه، وكذا لو وجد في دستوره إلّا بالبيّنة.

التحقيق أنّه إن أجمل الوصيّة ولم يبيّن الثوب بني الضمان على عدّ ذلك تقصيراً، وإن بيّنه فلا مقتضي للضمان، فقد فرّق بين ما نحن فيه وبين ما حكيناه [1] عنهم من قولهم فيما يأتي: إذا اعترف بالوديعة ثمّ مات وجهلت عينها ... إلى آخره. وكذلك صاحب «المسالك [2]» حيث جزم بالضمان فيما نحن فيه لمكان الإجمال وحكم فيما يأتي بعدمه. ونحوه ما في «مجمع البرهان [3]» حيث احتمل فرض قولهم فيما يأتي فيما إذا اعترف بالعين وعيّنها وحكم بعدم الضمان، وتأمّل فيه فيما نحن فيه ولم يتعرّض في «الكفاية [4]» إلّا لقولهم فيما يأتي إذا اعترف بالوديعة وجزم بعدم الضمان. ولم يفرّق في «المبسوط [5] والتذكرة [6] والإيضاح [7]» وغيرها [8] بين المسألتين، بل جعلتا في «الإيضاح وجامع المقاصد [9]» في كلام المصنّف من سنخٍ واحد، ونحن بيّنّا كلّاً على حِدة. وتمام الكلام يأتي في قولهم الآتي إن شاءالله تعالى.

[في ما لو وجد الوارث وديعةً مسمّاة]

قوله: ﴿ولو وجد على كيسٍ مختومٍ أنّه وديعة فلان لم تسلّم إليه،

---

(١) تقدّم في ص ٢٦١ ـ ٢٦٢.

(٢) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩٦، وفي أحكام الوديعة ص ١٢٣ ـ ١٢٤.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣٣٨ و٣٤١.

(٤) كفاية الأحكام: في الوديعة ج١ص ٦٩٤.

(٥) المبسوط: في الوديعة ج ٤ص ١٤٧.

(٦) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠١ س ٢٦.

(٧) إيضاح الفوائد: في الوديعة ج ٢ ص ١٢٣.

(٨) كما في كنزالفوائد: في الوديعة ج ١ ص ٦١٣.

(٩) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٥١.

الثالث: التقصير في دفع المهلكات،

وكذا لو وجد في دستوره﴿إلّا بالبيّنة﴾ كما في «المبسوط [١] والتذكرة [٢]» فيهما و«التحرير [٣]» في الأوّل، أي لا يجب على الوارث التسليم، لأنّه ربّما كتبه عبثاً ولهواً أو تلقيناً، وربّما اشترى الكيس بعد تلك الكتابة فلم يمحها، أو ردّ الوديعة بعد ما أثبت في الجريدة ولم يمحها.

وبالجملة: إنّما يثبت كونها وديعة بأن يقرّ أنّ هذه وديعة ثمّ يموت، ولا يكون متّهماً في إقراره عندنا أو مطلقاً عند جماعة من علمائنا، أو يقرّ الورثة بأنّها وديعة، أو تقوم البيّنة بذلك، فإذا ثبتت الوديعة بأحد هذه الوجوه وجب على الورثة إعلامه بذلك، وليس لهم إمساكها إلى أن يطلبها المالك منهم، لأنّه لم يأمنهم عليها كما إذا أطارت الريح ثوباً إلى دار إنسان ولم يعلم صاحبها، فإنّ عليه إعلامه، فإن أخّر ذلك مع إمكانه ضمن، كما ذكر ذلك كلّه في «التذكرة [٤]».

قلت: قد يعلم بذلك ـ أي الكتابة ـ أنّها وديعة، فيعمل الوارث بما علم. وقد تقدّم في أوّل الباب [٥] بيان الحال في الضمان مع التأخير ووجوب الردّ أو الإعلام بالنفس أو الوكيل وإن لم يكن ثقة كما هو الشأن في جميع الودائع والعواري، فإنّه هو المتداول بين المسلمين من غير نكير.

قوله: ﴿الثالث: التقصير في دفع المهلكات﴾ من موجبات الضمان التقصير في دفع مهلكات الوديعة وما يوجب نقص ماليّتها، وهو ممّا لا أجد فيه خلافاً، لأنّ الحفظ واجب ولا يتمّ إلّا بذلك.

---

(١) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٧.
(٢ و ٤) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠١ س ٢٠.
(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ٢٠٠.
(٥) تقدّم في ص ١٩٥ ـ ١٩٦.

فلو ترك علف الدابّة أو سقيها مدّة لا يُصبر عليه عادةً فهلكت ضمن،

[في ترك مؤنة الوديعة حتّى هلكت]

قوله: ﴿فلو ترك علف الدابّة أو سقيها مدّة لا يُصبر عليه عادة فهلكت ضمن﴾ في عباراتهم اضطراب، فعبارة «الشرائع[1] واللمعة[2]» كعبارة الكتاب غير أنّه زاد في الشرائع لفظة «به» قال: «فماتت به» وعبارة المبسوط والتذكرة بمعنى، قال في «المبسوط[3]»: فإن لم يسقها ولم يطعمها فماتت الدابّة نظرت، فإن كان قد منعها من العلف في مدّة تموت الدابّة بمثل تلك المدّة لمنع السقي والعلف فإنّه يضمن قيمتها، لأنّه معلوم أنّها ماتت من منع علفها، وإن كانت مدّة لم تمت الدابّة لمثل تلك المدّة إذا منعت العلف والسقي فإنّه لا يضمن، انتهى. وقال في «التذكرة[4]»: فإن امتنع من ذلك ـ أي العلف والسقي ـ حتّى مضت مدّة يموت مثل تلك الدابّة في مثل تلك المدّة نظر، إن ماتت ضمنها، وإن لم تمت دخلت في ضمانه، وإن نقصت ضمن النقصان. وتختلف المدّة باختلاف الحيوان قوّةً وضعفاً، فإن ماتت قبل مضيّ تلك المدّة لم يضمنها إن لم يكن بها جوع وعطش سابق، وإن كان وهو عالمٌ ضمن، وكذا لو كان جاهلاً. فقد وافق المبسوط في أوّل كلامه وفي قوله «فإن ماتت قبل مضيّ تلك المدة لم يضمنها» وزاد فروعاً سننبّه عليها إن شاء الله تعالى، ثمّ إنّه لا يخفى ما في كلامه من التناقض في الظاهر.

وفي بعض العبارات أنّ مجرّد الترك ولو مرّة يوجب الضمان كقوله في «الإرشاد[5]»: فلو ترك سقي الدابّة ضمن. وهو خيرة «جامع المقاصد[6] والمسالك[7] والروضة[8]»

---

(١) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٥. (٢) اللمعة الدمشقية: في الوديعة ص ١٥٥.
(٣) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٨.
(٤) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٢ السطر ما قبل الأخير.
(٥) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٧. (٦) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٥ ص ٢٦.
(٧) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٨٧.
(٨) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٤٥.

وهو الّذي تقتضيه قواعد الباب، إذ الواجب علفها وسقيها بحسب المعتاد لأمثالها، فالنقصان عنه يعدّ تفريطاً، سواء صبرت عليه أم لا، ومتى عدّ تفريطاً صار ضامناً لها وإن ماتت بغيره، إذ لا يفترق الحال حينئذٍ بين تلفها ونقصها بذلك السبب وغيره. وقد مضى ويأتي له نظائر كثيرة في كلامهم.

إذا عرفت هذا فعُد إلى عبارة الكتاب وما وافقها، فإن أرادوا من تعليق الحكم على موتها بسبب تركهما ـ أي العلف والسقي ـ مدّة لا تصبر عليه عادةً كما هو صريح «الشرائع[1]» وظاهر «الكتاب واللمعة[2]» هذا المعنى الّذي تقتضيه قواعد الباب بأن يكون مرادهم بعدم صبرها عليه نقصانها عن المعتاد فله عبارتان، فلا إشكال من هذه الحيثيّة، لكن يدفعه اختصاص الضمان بموتها به مع كونها مضمونة بالتفريط الّذي من شأنه الضمان بذلك السبب وغيره، وإن أرادوا معنى آخر كما هو الظاهر زاد الإشكال حيث يكونون قد رتّبوا الضمان على الموت بتركهما وعلى تركهما ـ أي العلف والسقي ـ هذه المدّة، مع أنّ الواجب القيام بالمعتاد منهما وبتركه يتحقّق التفريط، وقد لا يكون القيد مراداً في عبارتي «الكتاب واللمعة» فيبقى الكلام في عبارة «الشرائع» والاعتذار عن الكتاب بموافقة العنوان لا يجدي مع المخالفة في الحكم، على أنّه أدرج في آخر العنوان ما ليس منه.

وأمّا عبارتا «المبسوط والتذكرة» فقد علّق الضمان فيهما على الموت بتركهما مدّة تموت فيها عادة لا تأخيره زيادة عن المعتاد ولا زيادة عمّا تصبر عليه عادة، لأنّ كلامهما صريح في أنّ التقصير مطلقاً لا يوجب الضمان إلّا مع التلف به، بل هو صريح أو كالصريح في أنّه لا يوجبه مع التلف به إذا لم يكن التقصير متلفاً ومهلكاً عادةً. هذا إن لم يكن حكمهما بعدم الضمان فيما إذا ماتت قبل تلك المدّة لاحتمال الموت بغير هذا السبب، بل كان الحكم بعدم الضمان بالموت به لكونه غير مهلك، لكنّ الظاهر من «المبسوط[3]»

---

(١) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٥.
(٢) اللمعة الدمشقية: في الوديعة ص ١٥٥.
(٣) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٨.

سواء أمره المالك أم لا، ويرجع على المالك،

الأوّل لمكان التعليل في الأوّل، فتأمّل. ويرد على «التذكرة» أنّه ينبغي عدم الضمان في الجوع السابق إذا جهل، لأنّه يكون كما إذا ماتت قبل مضيّ تلك المدّة الّتي لا يموت فيها مثلها، فتأمّل. وإن جعل الضمان مترتّباً على التقصير بأن يكون الموت بعده وإن كان معه شيء آخر له مدخليّة في ذلك وجب أن يحكم بالضمان مع التلف بالتقصير دون المدّة المذكورة الخالية عن عطشٍ سابق وجوعٍ كذلك، فليتأمّل. وعلى تقدير الضمان في ذات الجوع والعطش السابقين ينبغي التقسيط لتعدّد الموجب. وفي «مجمع البرهان[1]» أنّ أدلّة عدم الضمان قويّة حتّى يثبت الناقل[2].

[في رجوع المستودع بما أنفق إلى المالك]

قوله: ﴿سواء أمره المالك أم لا، ويرجع على المالك﴾ لمّا كانت الدابّة والآدمي من الأموال المحترمة الّتي لا يسوغ إتلافها بغير وجهٍ شرعيّ وجب على المستودع علفها وسقيها بما جرت العادة به لأمثالها، ولو أخلّ بذلك كان من

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٢٨٩.

(٢) لا يخفى عليك أنّ مقتضى الوديعة أن تحفظ عمّا يمكن أن يرد عليه من المهالك أو النواقص المتوجّهة إليها الّتي لا مؤنة للمستودع في حفظها عنها كما إذا احتاجت إلى الماء والعلف الصحراوي الّذي لا مؤنة في سومها، وأمّا إذا تعرض عليها المهالك أو النواقص الّتي له مؤنة في تهيئتها ولو بصرف وقتٍ منه وتعبٍ له فلا دليل على وجوب تهيئتها وصرف إعانة ووجهٍ منه عليها إلّا إذا دلّ دليلٌ قاطع عليه من كتابٍ أو سنّةٍ أو عقلٍ أو إجماعٍ معتبر يمكن التعويل عليه في العقل، وعليه فلو ترك المستودع الإنفاق عليها فهلكت أو تلفت فلا عدوان عليه لعدم تكليف له على حفظها، اللهم إلّا أن تكون حيواناً محترماً كما لو كان عبداً أو بقراً أو فرساً ونحوها فإنّه حينئذٍ يكون إتلافها أو إهلاكها منهيّاً عنه في الشرع المقدّس، فلو أنفق عليها فالأرجح رجوعه إلى المالك فلو استنكف المالك عن أداء ما أنفق عليها فللمستودع بيعها وأخذ ما أنفق عليها من ثمنها، وممّا ذكرنا تعرف أنه لا يجوز للمالك أن ينهى عن إنفاقه عليها ولو نهاه فلا يحلّ للمستودع إطاعته فإنّ نهيه معصية يجب عصيانه كما صرّح بذلك في جامع المقاصد والإيضاح على ما حكاه عنهما الشارح.

جملة التفريط. وقد حكى على الوجوب في «الرياض[١]» الإجماع تارةً ونفى عنه الخلاف أُخرى.

وقال في «المبسوط[٢]»: إذا أودع حيواناً ففيه ثلاث مسائل: إحداها أن يأمره بسقيها وعلفها. الثانية أطلق ولم يأمره ولم ينهه. الثالثة قال: لا تسقها ولا تعلفها، فإنّه يلزمه سقيها وعلفها، لأنّ لها حرمتين لوجهين: إحداهما حرمة مالكها، ألا ترى أنّه لو أتلفها عليه إنسان ضمنها ولها حرمة في نفسها وهي حقّ لله عزّوجلّ؟ ألا ترى أنّه ليس لصاحبها أن يعذّبها؟ فإذا كان هكذا لزمه أن يسقيها ويعلفها. وظاهره في المسألتين الأخيرتين في أواخر كلامه أنّه يرجع على المالك بما أنفق إذا أشهد ولم يقدر على الحاكم. وهو صريح «الإيضاح[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥] والروضة[٦]» كما ستعرف، بل في «المسالك[٧]» أنّه لو تعذّر الإشهاد اقتصر على نية الرجوع. واستحسنه في «جامع المقاصد[٨]».

وأمّا الرجوع في الأُولى فممّا لا ريب فيه عندهم، لأنّه أمره بعلفها فكان كما لو أمره بإتلاف ماله فيما عاد نفعه إليه، فكان كما لو ضمن عنه مالاً بأمره وأدّاه عنه. ولم يتأمّل الأردبيلي[٩] فقال: إنّ الأمر أعمّ من الرجوع. وفيه: أنّه إجماعي بين المسلمين والعادة قضت بذلك.

وقال في «السرائر»: إذا أطلق عرف بفحوى الخطاب أمره بالسقي، لأنّ العادة

---

(١) رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٥٤ ـ ١٥٥.

(٢) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٦ ـ ١٣٧.

(٣) إيضاح الفوائد: في الوديعة ج ٢ ص ١١٦.

(٤ و٨) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢٦.

(٥ و٧) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٨٧.

(٦) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٤٦.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٢٩٠.

وإن نهاه على إشكال إذا لم يتبرّع.

جارية بأنّ الدابّة تسقى وتعلف، فوجب حمل ذلك على العرف وإن لم يتلفّظ به، وحكم بأنّه يرجع على المالك إذا أشهد أنّه يرجع عليه بذلك[١]، ولم يتعرّض للحاكم ولا للمسألة الثالثة. وقضيّة وجوب الحمل على العرف تقضي بالرجوع وإن لم يشهد.

وظاهر إطلاق «التحرير[٢]» في موضعٍ منه أنّه يلزمه الإنفاق في المسائل الثلاث، وقد ينزّل إطلاقه على ما إذا أطلق، لأنّه في موضعٍ آخر قبل ذلك قال[٣]: إذا نهاه لم يجز له الإمساك، وقرّب الرجوع إذا تعذّر الحاكم وأشهد. ومراده في غير الأُولى. وقال[٤]: إنّه لو تمكّن من الحاكم فلم يستأذنه فالأقرب عدم الرجوع وإن أشهد، ولو عجز عن الحاكم ولم يشهد فالأقرب عدم الرجوع، انتهى ونحو ذلك ما في «التذكرة[٥]» فيما إذا أطلق. وظاهر «التحرير» أنّ ذلك جارٍ في الصورتين الأخيرتين.

وقال في «التذكرة[٦]»: إنّه إذا تعذّر الإشهاد يرجع مع قصده الرجوع كما سمعته[٧] عن «**المسالك وجامع المقاصد**» وظاهر «الكفاية[٨]» التأمّل في صورة الإطلاق واستشكل في الرجوع في الأخيرة في «التذكرة» كما ستسمع، وإنّما اشترط الرجوع إلى الحاكم في ذلك ليتحقّق عدم التبرّع. ومثل ذلك اشتراط الإشهاد، وقد يكون ذكره إرشاداً لا اشتراطاً، فتأمّل لأنّه لا يتأتّى في بعض العبارات.

قوله: ﴿**وإن نهاه على إشكال إذا لم يتبرّع**﴾ كما في «التذكرة[٩]» أصحّه

---

(١) السرائر: في ما لو اختلف في مال أنّه وديعة أو دين ج ٢ ص ٤٣٨.

(٢ ـ ٤) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ٢٠٤ و١٩٨.

(٥ و٦ و٩) تذكرة الفقهاء: في أحكام الوديعة ج ٢ ص ٢٠٢ س ٤١ وص ٢٠٣ س ٢٢ و٢٥.

(٧) تقدّم في ص ٢٧٠.

(٨) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٣.

أمّا لو نهاه عن العلف والسقي فترك عصى ولا ضمان.

الرجوع كما هو ظاهر «المبسوط[1] والتحرير[2]» وصريح «الإيضاح[3] وجامع المقاصد[4] والمسالك[5] والروضة[6] ومجمع البرهان[7]» قال في الأخير: الإشكال مع وجوب الإنفاق على المالك والمستودع بعيد، فينبغي الجزم بالرجوع على تقدير الإيجاب، ثمّ أمر بالتأمّل. وهو معنى ما في «جامع المقاصد» من الاحتجاج بعدم اعتبار هذا النهي فإنّه محرّم، والعلف والسقي لوجوبهما مأذون فيهما شرعاً، فالشارع قائمٌ مقام إذن المالك.

وهو معنى ما في «الإيضاح» من أنّ نهي المالك منهيّ عنه، والنهي في غير العبادات إن اقتضى الفساد بطل نهي المالك، فصار وجوده كعدمه، وإلّا فالأقوى هنا البطلان، لأنّ حكمة النهي إذا لم تتمّ إلّا باقتضائه الفساد وجب القول به، وهو هنا كذلك، لأنّ النهي عن نهي المالك لغرض حفظ الحيوان، ولا يتمّ إلّا بفساده أي فساد نهي المالك وحفظ مال المنفق، فوجب القول به أي بأنّ النهي يدلّ على الفساد في المعاملات، ووجه عدم الرجوع ينشأ من نهي المالك المقتضي لصدورها بغير إذن المالك.

[فيما لو نهى المالك عن الإنفاق على الوديعة]

قوله: ﴿أمّا لو نهاه عن العلف والسقي فترك عصى ولا ضمان﴾

---

(١) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٩.
(٢) تحرير الأحكام: في الوديعة ج ٣ ص ١٩٨.
(٣) إيضاح الفوائد: في الوديعة ج ٢ ص ١١٦.
(٤) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢٦.
(٥) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٨٩ ـ ٩٠.
(٦) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٤٦.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٢٩١.

كما في «المبسوط[١] والشرائع[٢] والتحرير[٣] والتذكرة[٤] وجامع المقاصد[٥] والمسالك[٦] والروضة[٧] ومجمع البرهان[٨]».

أمّا العصيان فلتركه حقّ الله تعالى لإيجابه سبحانه عليه ذلك ولهتك حرمة الروح، لأنّ الحيوان له حرمة في نفسه فيجب إحياؤه.

وأمّا عدم الضمان فلأنّ الماليّة حقّ للمالك وقد أسقط عنه الضمان بنهيه، فكان كما لو قال له: اقتل دابّتي فقتلها، أو أمره بإلقاء ماله في البحر، ونحوه من ضروب الإتلاف.

وقد استدلّ على العصيان في «التذكرة[٩]» بأنّ فيه تضييع المال المنهيّ عنه شرعاً. وفيه: أنّ حفظ المال غير الحيوان إنّما يجب على مالكه لا على غيره، وإنّما وجب في الحيوان لكونه ذا روح يتألّم، فدليله العقل والإجماع على الظاهر وقد حكاه في «الرياض» كما سمعت[١٠]. وفي موضع آخر من «التذكرة[١١]» أنّه لو نهاه المالك عن استعمال الوديعة للحفظ فامتنع حتّى فسدت يكون فعل حراماً. وفي موضع آخر قال: فعل مكروهاً.

وبقي شيء وهو أنّ هذا المالك سفيه يبطل إيداعه، إلّا أن يقال[١٢] باشتراط حكم الحاكم في منعه من التصرّف كما هو المختار في محلّه، أو يقال[١٣] بأنّه يصحّ إيداعه وإن كان سفيهاً أو يكون جاهلاً ومعذوراً.

هذا والضمان ظاهر إطلاق «اللمعة[١٤]» لوجوب حفظ المال عن التلف.

(١) المبسوط: في مسائل فيما إذا أودع حيواناً ج ٢ ص ١٣٩.
(٢) شرائع الإسلام: في العقد ج ٢ ص ١٦٤.
(٣) تحرير الأحكام: في الوديعة وأسباب الضمان ج ٣ ص ١٩٨.
(٤ و٩) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٣ س ٢ و٣.
(٥) جامع المقاصد: في الوديعة ج٦ ص٢٧.
(٦) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ص ٩٠.
(٧) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٤٥.
(١٠) تقدّم في ص ٢٧٠.
(٨) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٢٨٩.
(١١) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ١٩٨ س ١٤ وص ٢٠٢ س ٣٩.
(١٢ و١٣) كما في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٢٨٩.
(١٤) اللمعة الدمشقية: في الوديعة ص ١٥٥.

ويضمن لو ترك نشر الثوب المفتقر إليه، أو طرح الأقمشة في المواضع الّتي تعفّنها، أو لم يعرّض الثوب الّذي يفسده الدود للريح، ولو لم يندفع إلّا باللبس وجب، إلّا مع نهي المالك.

وفي حكم النفقة ما يفتقر إليه من الدواء والحلّ وغيرهما.

قيل[١]: وفي حكم الحيوان الشجر المفتقر إلى الحرث، وقد عرفت الحال.

[في ضمان المستودع لو ضاع الوديعة وعدمه]

قوله: ﴿ويضمن لو ترك نشر الثوب المفتقر إليه، أو طرح الأقمشة في المواضع الّتي تعفّنها، أو لم يعرّض الثوب الّذي يفسده الدود للريح، ولو لم يندفع إلّا باللبس وجب، إلّا مع نهي المالك﴾ قال في «التذكرة»: يجب على المستودع دفع مهلكات الوديعة وما ينقص ماليّتها، إذ الحفظ واجب ولا يتمّ إلّا بذلك، فلو استودع ثياب صوف وجب على المستودع نشرها وتعريضها للريح بمجرى العادة لئلّا يفسدها الدود، ولو لم تندفع إلّا بأن تلبس وتعبق بها رائحة الآدمي وجب على المستودع لبسها، فإن لم يفعل ففسد بترك اللبس أو تعريض الثوب للريح كان ضامناً[٢]، سواء أمره المالك أو سكت عنه. أمّا

---

(١) القائل هو الشهيد الثاني في الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٤٦.

(٢) قد تقدّم منّا في ص ٢٦٩ هامش ٢ أنّ حفظ الوديعة فيما يحتاج حفظها إلى مؤنة من ملك المستودع غير واجب عليه فإنّه لا يجب على الإنسان دفع الضرر المتوجّه إلى الغير بالضرر على نفسه. إن قلت فلماذا وجب دفعه فيما إذا كانت الوديعة حيواناً كما أقررت به فيما تقدّم؟ قلت: ذلك للفرق بين الموردين وهو وجود الدليل في الحيوان بخلاف غيره.

إن قلت: إنّ الدليل في غيره هو قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» فإنّه على ما هو الحقّ يدلّ على النهي عن الإضرار بالغير أو بالنفس سواء كان بالمال أو بغيره. قلت: القاعدة تدلّ على النهي عن توجيه ما هو الضرر إلى الغير أو إلى النفس، وليس ترك حفظ الوديعة إذا كان بإذن المالك هو توجيه الضرر إلى الغير وإنّما هو توجيه الضرر من طرف المالك إلى نفسه، وليس ←

لو نهاه عن النشر وفعل ما يحتاج إليه الحفظ فامتنع من ذلك حتّى فسدت فعل مكروهاً ولا ضمان عليه. وبه قال أكثر الشافعيّة، ولهم وجهٌ آخر أنّ عليه الضمان هذا إن علم المستودع بذلك، فإن أودعه صندوقاً مقفلاً لا يعلم ما فيه لم يضمن إجماعاً، لعدم التفريط وانتفاء التقصير منه[١].

وبعدم الضمان مع نهي المالك لو أهمل اللبس فيما يفتقر إليه صرّح في «التحرير[٢] والمسالك[٣]» وهو قضيّة عبارة الكتاب، ولا ريب أنّه يجوز له فعله حفظاً للمال.

وقضيّة عبارة «الشرائع[٤] والتحرير[٥] والإرشاد[٦] والكتاب» وغيرها[٧] حيث قالوا: ويضمن لو ترك نشر الثوب المفتقر إليه، أنّه يضمن لو تلفت أو فسدت بسبب آخر كالسرقة ونحوها كما هو الضابط في الباب. وقضيّة قوله في «التذكرة»: «ولو لم يفعل ففسد بترك اللبس كان ضامناً» خلاف ذلك وهو أنّها لو فسدت مع الترك بسببٍ آخر لم يضمن.

وقضيّة إطلاق الجميع ترتّب الضمان على التلف بالترك وإن غفل أو نسي أو جهل، وسيصرّح به المصنّف[٨] وغيره[٩] في الخامس فيما إذا نسي أو جهل. ولعلّه لأنّه سبب فلا يحتاج إلى العلم، إذ كلّ مَن أتلف مال غيره نسياناً فهو ضامن. ويمكن أن يكون الوجوب والضمان مترتّبين على العلم والتقصير عمداً، لأنّ الأمين غير

➜ هو من توجيه الضرر المتوجّه إلى الغير إلى المالك أو من الإضرار إلى الغير حتّى يكونا منهيّاً عنه في حقّ المستودع، فتأمّل جيّداً.

(١) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٢ س ٣٦، وليس فيه ذكر الإجماع، فراجع.

(٢ و٥) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ١٩٨.

(٣) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩٠.

(٤) شرائع الإسلام: في موجبات الضمان ج ٢ ص ١٦٥.

(٦) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٨.

(٧) كالروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٤٦.

(٨) سيأتي في ص ٣٠١ إلّا أنّه هناك بالنسيان فقط ولم يذكر الغفلة والجهل فراجع.

(٩) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٣٦.

ولو أمر خادمه بالسقي والعلف لم يضمن لاعتياده.

ضامن نصّاً وإجماعاً خرج ما ثبت بالدليل من إجماعٍ وغيره، وهو العامد الخائن المتلف، مضافاً للأصل وعدم تكليف الغافل وعدم صدق الخيانة والإتلاف، ويسمع قوله فيه مع اليمين. والظاهر أنّ المدار على التفريط والتقصير كما يأتي بيانه[1] عند تعرّض المصنّف له.

وقد عرفت[2] حال هذا الشخص الّذي ينهى عن فعل ما يحتاج إليه وأنّه سفيه، وعرفت أنّه قال في «التذكرة» في بحث الإيداع: فيما لو نهاه المالك فأهمل حتّى فسدت أنّ الأقرب أنّه فعل محرّماً، فكان كلامه في «التذكرة[3]» في بحث دفع المهلكات غيره في بحث الإيداع، فكأنّ صاحب «جامع المقاصد[4]» لم يتّبع كلامه في المقامين.

ومثل طرح الأقمشة في المواضع الّتي تعفّنها وضع الكتب في المواضع الّتي تفسدها بالنداوة أو شدّة الحرّ. ولو وضعها فيها ـ أي المواضع الّتي تفسدها ـ مدّة يقطع فيها بعدم الضرر عازماً على نقلها قبل الفساد جاز على تأمّل، لأنّه ليس بحرز عادةً. ولو افتقر فعل ذلك إلى اُجرة فالحكم فيها كالنفقة.

[في أنّ حراسة الوديعة بغيره كحراستها بنفسه]

قوله: ﴿ولو أمر خادمه بالسقي والعلف لم يضمن لاعتياده﴾ هذا معنى قوله في «الشرائع[5]»: يجوز أن يسقيها بنفسه وبغلامه اتّباعاً للعادة. وهو

---

(١) سيأتي في ص ٣٠١ ـ ٣٠٢.
(٢) تقدّم في ص ٢٧٢ ـ ٢٧٤.
(٣) تقدّم كلامه في ص ٢٧٤ ـ ٢٧٥.
(٤) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢٧.
(٥) شرائع الإسلام: في العقد ج ٢ ص ١٦٣.

المراد من قوله في «الإرشاد[1]»: يجب سقي الدابّة وعلفها بنفسه وغلامه، وقوله في «التحرير[2]» لو أمر المودع غلامه أو صاحبه بعلف الدابّة أو سقيها فالأقرب عدم الضمان.

والأصل في ذلك كلام «المبسوط» ومنه يُفهم المراد من هذه العبارات. وبذلك يظهر لك ما في «جامع المقاصد والمسالك» قال في «المبسوط[3]»: فإن سقاها فلا يخلو إمّا أن يسقيها في بيته أو في غير بيته، فإن كان قد سقاها في بيته نظرت، فإن كان سقاها بنفسه فقد زاد خيراً وبالغ في حفظها، وإن أمر غيره من غلمانه فسقاها الغير جاز ولا ضمان عليه، لأنّ العادة جرت بأنّ الإنسان لا يسقي الدابّة بنفسه، وإن أخرجها من داره وسقاها في غيره فلا يخلو... إلى آخر ما قال. وقد زاد في «التذكرة» زيادة، قال: إذا تولّى المستودع السقي والعلف بنفسه أو أمر به صاحبه أو غلامه وكان حاضراً لم تزل يده بذاك[4].

فكان حاصل كلام «المبسوط» وما وافقه أنّه يجوز مباشرة الغلام والصاحب لذلك مع كونها في بيته لم تزل يده عنها مع كونه أميناً بمعنى أنّه يوثق به أنّه لا يخالف ما أمر به غالباً. وحاصل ما في «التذكرة» أنّه يجوز مباشرته لذلك مع حضور المستودع عنده مطّلعاً على قيامه بما يجب، فهي باقية في يد المستودع. وعليه لا فرق بين وقوع ذلك في المنزل وخارجه. ولعلّهم أرادوا ما في التذكرة، لكن لا باعث عليه إلّا ما أطبقوا عليه كما في «المسالك[5]» من أنّه لا يجوز إيداع الودعي مع الإمكان، وهذا في معناه.

---

(١) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٧.
(٢) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ٢٠٠.
(٣) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٧.
(٤) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٣ س ٣١.
(٥) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٨٨.

وفيه: أنّه في «التذكرة[١]» قرّب عدم الضمان فيما إذا أخرجها من يده وبعثها على يد الخادم وكان أميناً لقضاء العادة بالاستنابة في ذلك. وقرّبه في «جامع المقاصد[٢]» أيضاً. ومال إليه المقدّس الأردبيلي[٣]، فكانت العادة مخصّصة للقاعدة، ثمّ إنّ أمره لغلامه بسقيها وعلفها في منزله وهو غير حاضر مشاهد ليس من إيداع الغير في شيء، وليس وضع الغلام أو الصاحب العلف أو السقي لها في غَيبته في منزله محرّماً موجباً للضمان، على أنّ إرادة ما في التذكرة قد ينافيه على الظاهر قولهم بعد ذلك: ولا يجوز إخراجها من منزله لذلك إلّا مع الحاجة. ولذلك لا يصحّ ما في «جامع المقاصد[٤] والمسالك[٥]» من تقييد عبارة الكتاب والشرائع بأحد أمرين: إمّا بما إذا كانت في يده أو بما إذا كان أميناً.

ولا يصحّ لقائل أن يقول: إنّا نبقي عبارات ما عدا المبسوط والتذكرة على إطلاقها من أنّ الإيداع إنّما يجري به في الحفظ على مقتضى العادات، ومقتضى العادة جواز تولّي الغلام ذلك، سواء كان المستودع حاضراً عنده أم غائباً في المنزل وغيره، أميناً كان أو لا. نعم هذا يتمّ فيمن لا يتعاطى مثله بنفسه، لأنّ إيداع مثل هذا الشخص رضاً بذلك وتجويز له، ولذلك قيل[٦]: إنّ ما في الكتاب وغيره في المقام مخصوص بمن يتولّى ذلك بنفسه، وأمّا غيره فلا ضمان عليه قطعاً، حكى ذلك في «التذكرة[٧]» عن بعض الشافعيّة. وفي «جامع المقاصد[٨]» أنّه لا يخلو من وجه. وفي «المسالك[٩]» أنّه ضعيف، وهو غريب، لأنّ تكليف مثل هذا الرجل الفقيه الجليل بسقي حمار يقوم به بعض خدمته وتلامذته بل لا يدَعونه أن يفعله إن أراده

(١ و٧) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٣ س ٣١ ـ ٣٢.
(٢ و٤ و٨) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢٧.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٢٩١ ـ ٢٩٢.
(٥ و٩) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٨٨.
(٦) كما في جامع المقاصد: في الوديعة ج ٥ ص ٢٧.

ولو أخرجها من منزله للسقي مع أمن الطريق أو خوفه ضمن، إلّا مع الضرورة كعدم تمكّنه من علفها وسقيها فيه وشبهه.

تكليفٌ شاقٌّ مخالفٌ لقواعد الشريعة سادّ لقبول الوديعة الّتي هي من الاُمور العامّة البلوى والبليّة، وكذلك الشأن في جميع صوَر الإيداع في جميع الاُمور الّتي هي من هذا القبيل ونحوه كما بيّنّاه آنفاً.

هذا وإن أراد في «التذكرة» بالأمين ما قلناه آنفاً فذاك، وإن أراد العدل صعب الأمر.

[حكم ما لو أخرج الوديعة من مأمنه]

قوله: ﴿ولو أخرجها من منزله للسقي مع أمن الطريق أو خوفه ضمن، إلّا مع الضرورة كعدم تمكّنه من علفها وسقيها فيه وشبهه﴾ كما هو حاصل ما في «المبسوط[١]». وقضية كلامهما أنّه لا فرق بين كون العادة مطّردة بالإخراج لذلك وعدمه، ولا بين كونه متولّياً لذلك بنفسه أو غلامه مع صحبته له وعدمه، لأنّ النقل تصرّف، وهو غير جائز. وقال في «الشرائع[٢]»: لا يجوز إخراجها من منزله لذلك إلّا مع الضرورة كعدم التمكّن من سقيها أو علفها في منزله وشبه ذلك من الأعذار. ونحوها ما في «الإرشاد[٣]» ولا يخرجها من منزله للسقي إلّا مع الحاجة. ونحوه ما في «التحرير[٤]».

ويمكن تقييد عبارة الشرائع والإرشاد بعدم الأمن، لأنّهما ترك فيهما التصريح بعدم الجواز عند الأمن أو عدم العادة، وعبارة الكتاب بعدم العادة، وتقييد الحاجة

---

(١) المبسوط: في مسائل فيما إذا أودع حيواناً ج ٤ ص ١٣٧.

(٢) شرائع الإسلام: في عقد الوديعة ج ٢ ص ١٦٤.

(٣) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٧.

(٤) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ٢٠٠.

الرابع: المخالفة في كيفية الحفظ، فلو عيّن له موضعاً للاحتفاظ وجب الاقتصار عليه، ويضمن لو نقل، إلّا إلى ما هو أحرز أو مساوٍ على رأي

في عبارة الإرشاد وكذا الشرائع بالشديدة الّتي لا يمكن فيها تأخير السقي إلى وقت آخر، فتدبّر.

قال في «التذكرة»: إذا احتاج المستودع إلى إخراج الدابّة لعلفها أو سقيها جاز له ذلك، لأنّ الحفظ متوقّف عليه ولا ضمان. ولا فرق في ذلك بين أن يكون الطريق آمناً أو مخوفاً إذا خاف التلف بترك السقي واضطرّ إلى إخراجها، وإن أخرجها من غير ضرورة للعلف والسقي، فإن كان الطريق آمناً لا خوف فيه وأمكنه سقيها في موضعها فالأقرب عدم الضمان، لاطّراد العادة بذلك[1]. وكأنّه أراد بقوله «واضطرّ» أنّ خوف التلف بترك السقي أكثر من خوف تلفه في الطريق الّذي يمكن وقوعه وعدمه، وأنّ التأخير إلى وقت آخر يزيد في الضرر، وإلّا فلو كان أقلّ ضرراً وخطراً لم يكن مضطرّاً، فتأمّل. وفي «جامع المقاصد[2]» أنّ ما في التذكرة قريب. وفي «تعليق الإرشاد[3]» أنّه قويّ. ومال إليه أو قال به المقدّس الأردبيلي[4] لاطّراد العادة بذلك، والحفظ إنّما ينزل على الاُمور المطّردة في العادة.

[حكم مخالفة المستودع للمودع في كيفية الحفظ]

قوله: ﴿الرابع: المخالفة في كيفية الحفظ، فلو عيّن له موضعاً

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٣ س ٢٥.

(٢) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢٧.

(٣) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي: ج ٩) ص ٤٦٩.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٢٩١.

للاحتفاظ وجب الاقتصار عليه، ويضمن لو نقل، إلّا إلى ما هو أحرز أو مساوٍ على رأي﴾.

إذا أودعه شيئاً ففيه أقسام ثلاثة:

الأوّل: أن يودعه ولا يعيّن له موضعاً يحفظها فيه، فإنّ المودع يحفظها في حرز مثلها، فإن وضعها في حرز ثمّ نقلها إلى حرز مثلها جاز ولا ضمان، سواء كان مثل الأوّل أو دونه، لأنّ المودع ردّ ذلك إلى حفظه واجتهاده.

الثاني: أن يعيّن له موضعاً فيقول له: احفظها في هذا البيت مثلاً ولم ينهه عن غيره، فإن كان البيت ملكاً لصاحب الوديعة عيناً ومنفعةً أو منفعةً لم يجز له نقلها مطلقاً، لأنّه ليس بمستودع في الحقيقة وإنّما هو وكيل في حفظها، فليس له إخراجها من ملك صاحبها، وإن كان الموضع ملكاً للمستودع كذلك.

فإن نقلها إلى ما هو دونه في الحرز ضمن قطعاً كما في «التحرير[1]» وإجماعاً كما في «المسالك[2] والغنية[3]» فيما حكي عن الأخير، لأنّ فيما عندنا من نسخه سقطاً في المقام وبه صرّح في «المبسوط[4] والسرائر[5]» وما تأخّر عنهما[6] ممّا تعرّض له فيه.

وإن نقلها إلى مثله ففي «المبسوط[7] والتذكرة[8]» أنّه لا يضمن لأنّ تعيينه البيت

---

(١) تحرير الأحكام: في الوديعة وأسباب الضمان ج ٣ ص ١٩٥.

(٢) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩٠.

(٣) حكاه عنه الطباطبائي في الرياض: ج ٩ ص ١٤٨، وهذا الإجماع موجودٌ أيضاً في النسخة المطبوعة لدينا، فراجع غنية النزوع: ص ٢٨٣.

(٤ و٧) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٠.

(٥) السرائر: في الوديعة: ج ٢ ص ٤٣٥.

(٦) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في العقد في الوديعة ج ٢ ص ١٦٤، والعلّامة في إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٧، والفخر في إيضاح الفوائد: في الوديعة ج ٢ ص ١١٧.

(٨) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٤ س ٣٢.

إنّما أفاد تقدير الحرزيّة فقط، وليس الغرض تعيينه، فالمراد ما كان في هذه المرتبة كما كان تعيين الحنطة في الإجارة وهذا الراكب دالاً على جواز المساوي والأدون. وفي «المختلف[١] والإيضاح[٢] وجامع المقاصد[٣] والمسالك[٤] والروضة[٥] ومجمع البرهان[٦] والرياض[٧]» أنّه يضمن. وهو خيرة كلّ مَن قال بالضمان في النقل إلى الأحرز كما ستسمع. وظاهر «الشرائع[٨] والتحرير[٩]» التردّد. واستندوا في مخالفة الشيخ إلى أنّ المتبادر من التعيين هو الواجب وأنّ ما استند إليه الشيخ من أنّ التعيين إنّما أفاد تقدير الحرزيّة ... إلى آخره غير محلّ النزاع. ولذلك قال في «جامع المقاصد[١٠]»: لا ريب أنّ الانتقال إلى المساوي غير ظاهر لثبوت المخالفة. قلت: وفي كون ما ذكره غير محلّ النزاع تأمّل.

وإن نقلها إلى الأحرز فظاهر «الإيضاح[١١]» الإجماع على عدم الضمان حيث جعل الخلاف في المساوي. وحكى مثل ذلك في «جامع المقاصد[١٢]» عن الشهيد، وقال: إنّه ظاهر السيّد العميد. وحكى في «المسالك[١٣]» عن جماعة الإجماع على جواز نقلها إلى الأحرز، وقال: إنّ شرّاح عبارة القواعد المتقدّمين صرّحوا بأنّ الخلاف في المساوي خاصّة. وقال في «جامع المقاصد»: صرّح الشارح وشيخنا الشهيد في حواشيه بأنّ الرأي في المتساوي، وهو الظاهر من السيّد العميد، وعبارة

(١) مختلف الشيعة: في الوديعة ج ٦ ص ٦٦.
(٢ و١١) إيضاح الفوائد: في الوديعة ج ٢ ص ١١٧.
(٣ و١٠ و١٢) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢٨ ـ ٢٩.
(٤ و١٣) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩٢ و٩٠.
(٥) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٣٧.
(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٢٩٨ و٢٩٩.
(٧) رياض المسائل: في وجوب حفظ الوديعة ج ٩ ص ١٤٨.
(٨) شرائع الإسلام: في العقد في الوديعة ج ٢ ص ١٦٤.
(٩) تحرير الأحكام: في الوديعة وأسباب الضمان ج ٣ ص ١٩٥.

الشرائع والإرشاد تشهد بذلك، فعلى هذا النقل إلى الأحرز جائز ولا ضمان به قولاً واحداً على ما يُفهم من كلامهم، انتهى. وقال أيضاً: إنّ اللائح من كلام جمع من الأصحاب أنّه لا خلاف في الأحرز. وقال أيضاً: إنّ الّذي يقتضيه النظر الضمان مطلقاً والمنع من النقل إلّا أنّ القول بِهِ موقوف على وجود الموافق [١]. قلت: كأنّه لم يلحظ «النافع [٢]».

وفي «المفاتيح [٣]» أنّه مذهب الأكثر، بل كاد يكون إجماعاً. وفي «الرياض [٤]» أنّه مذهب الأكثر وظاهر عبارة الحلّي الّتي حكيت له الإجماع عليه. وهو غريب. نعم يُفهم جوازه من صريح عبارة «السرائر [٥]» في موضعين منها ومن مفهومها من آخر، وليس فيها جميعاً (جميعها ـ خ ل) إجماع.

وهو خيرة «المبسوط [٦]» حيث جوّز النقل إلى المساوي وصريح «الشرائع [٧] والتذكرة [٨] والإرشاد [٩] والإيضاح [١٠] والرياض [١١]» هذا ما وجدناه.

ووجهه ـ بعد ما عرفت أنّ هذه الأولويّة عرفيّة، وهي حجّة في أبواب الفقه، واختلاف الأغراض مع الجهل ـ بأنّ المقصود من التعيين هو الخصوصيّة غير قادح،

(١) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢٨ ـ ٢٩.
(٢) المختصر النافع: في الوديعة ص ١٥٠.
(٣) مفاتيح الشرائع: في وجوب حفظ الوديعة وكيفيّته ج ٣ ص ١٦٥.
(٤) رياض المسائل: في وجوب حفظ الوديعة ... ج ٩ ص ١٤٩.
(٥) السرائر: في بيان أحكام الوديعة ج ٢ ص ٤٣٥ و٤٤٠.
(٦) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٠.
(٧) شرائع الإسلام: في العقد في الوديعة ج ٢ ص ١٦٤.
(٨) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٤ س ٣٨.
(٩) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٧.
(١٠) إيضاح الفوائد: في الوديعة ج ٢ ص ١١٧.
(١١) رياض المسائل: في وجوب حفظ الوديعة ج ٩ ص ١٤٨ و١٤٩.

كيف لا ومراعاته في عدم الأخذ بها في المسألة يوجب انسداد إثبات الأحكام الشرعيّة بها في غيرها بطريق أولىٰ بالضرورة، ولم يقل به هؤلاء الجماعة كما قاله شيخنا في «الرياض[١]».

والمنع والضمان فيما نحن فيه ـ أي النقل إلى الأحرز ـ ظاهر «النهاية[٢] والتبصرة[٣]» وموضع آخر من «السرائر[٤]» موافق «للغنية[٥]» حيث قال فيهما: أو خالف مرسوم صاحبها على ما فهمه المحقّق الثاني[٦] من هذه العبارة. وهو صريح «النافع[٧] وحواشي الشهيد[٨]» على ما وجدناه وحكاه عنها الشهيد الثاني[٩] و«تعليق الإرشاد[١٠] والروضة[١١] ومجمع البرهان[١٢]» وكذلك «المسالك[١٣]». وكأنّه ميل إليه في «التحرير[١٤] وإيضاح النافع[١٥]» عملاً بمقتضى التعيين ومنع دلالة الموافقة هنا، فإنّ الأغراض تختلف في مواضع الحفظ اختلافاً كثيراً من غير التفات إلى كون بعضها أحفظ من بعض، والإجماع ممنوع، بل لأنّ ظاهر جماعة[١٦] من الأصحاب منع

(١) رياض المسائل: في وجوب حفظ الوديعة ج ٩ ص ١٤٨ و١٤٩.
(٢) النهاية: في الوديعة ص ٤٣٧.
(٣) تبصرة المتعلّمين: في الوديعة ص ١٠٥.
(٤) السرائر: في بيان أحكام الوديعة ج ٢ ص ٤٣٥.
(٥) غنية النزوع: في الوديعة ص ٢٨٣.
(٦) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢٩.
(٧) المختصر النافع: في الوديعة ص ١٥٠.
(٨) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.
(٩ و١٣) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩١.
(١٠) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي: ج ٩) ص ٤٦٩.
(١١) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٣٧.
(١٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٢٩٩.
(١٤) تحرير الأحكام: في الوديعة وأسباب الضمان ج ٣ ص ١٩٥.
(١٥) المختصر النافع: في الوديعة والعارية ص ١٥٠.
(١٦) منهم الحلبي في الكافي في الفقه: في الوديعة ص ٢٣٠، والحلّي في السرائر: في بيان ←

فإن تلف بالنقل إليه كانهدامه ضمن،

التخطّي مطلقاً، وأنت قد عرفت الحال. وتعبيرهم بمفهوم الموافقة مسامحة أو اصطلاح. ويأتي الكلام في القسم الثالث[١] وهو ما إذا عيّن الموضع له ونهاه عن نقله عنه.

قوله: ﴿فإن تلف بالنقل إليه كانهدامه ضمن﴾ كما في «التذكرة» قال: ولو كان التلف بسبب النقل كما لو انهدم عليه البيت المنقول إليه فإنّه يضمن، لأنّ التلف هنا جاء من المخالفة[٢]. وفي «التحرير» بعد أن استشكل في عدم الضمان في النقل إلى الأحرز والمساوي قال: ويقوى الإشكال لو تلفت بالنقل كانهدام البيت المنقول إليه[٣]. وفي «جامع المقاصد[٤]» أنّ الحكم بضمانه بتلفها بانهدام المنزل المنقول إليه مع تجويزه النقل ممّا لا يجتمعان، فإنّ النقل إن استفيد الإذن فيه من كلام المودع فلا ضمان، وإلّا ثبت الضمان مطلقاً. ومثل ذلك ما في «المسالك[٥] والرياض[٦]» مع زيادة، وهي نسبة القول بالضمان إلى المصنّف بمطلق التلف، مع أنّه خصّه بتلفٍ مخصوص.

وتنقيح البحث: أنّ المصنّف أراد أن ينبّه على أنّها لو تلفت لا بسبب النقل كالموت فإنّه لا يضمن، لأنّه فعلٌ سائغ لم يستعقب تلفاً ظاهراً بسببه، بخلاف التلف بالانهدام فإنّه بانهدامه ظهر أنّه ليس مساوياً ولا أحرز، فلا يكون صالحاً للنقل، فلا إذن من

← أحكام الوديعة ج ٢ ص ٤٣٥، وابن زهرة في غنية النزوع: في الوديعة ص ٢٨٣.

(١) يأتي في ص ٢٨٧ ـ ٢٨٩.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٢ س ١٦.

(٣) تحرير الأحكام: في الوديعة وأسباب الضمان ج ٣ ص ١٩٥.

(٤) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٢٩.

(٥) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩٢.

(٦) رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٤٩.

ولا يجوز نقلها إلى أدون وإن كان حرزاً إلّا مع الخوف في إبقائها في الأوّل وعدم تمكّنه من المساوي.

المودع في الواقع. ومثله مكتري الدابّة للركوب لو ربطها في بيت أو إصطبل فماتت لم يضمن، وإن انهدم ضمن، لأنّه تبيّن أنّه فرّط في ربطها فيه حيث لم يراعه. ويبقى الكلام فيما إذا سرقت أو غصبت من ذلك البيت المنقولة إليه، ففيه وجهان.

قوله: **﴿ولا يجوز نقلها إلى أدون وإن كان حرزاً، إلّا مع الخوف في إبقائها في الأوّل وعدم تمكّنه من المساوي﴾** كما في «التذكرة[1] والتحرير[2] والمسالك[3] والروضة[4]» لأنّ التعيين إنّما أفاد تقدير الحرزيّة، فإذا تعذّر الشخص (الشخصي ـ خ ل) وجب الانتقال إلى المساوي أو الأحرز. وأطلق في «المبسوط[5] والشرائع[6] والنافع[7] والإرشاد[8] واللمعة[9] ومجمع البرهان[10] والمفاتيح[11]» فلا تقييد فيها بعدم تمكّنه من المساوي. ولعلّه لأنّ التعيين قد زال وساغ النقل للخوف، فيتخيّر المستودع حينئذٍ لأنّه يكون كما لم يعيّن. وقضيّة كلام الأوّلين أنّه لو تمكّن من المساوي أو الأحرز ضمن مطلقاً. وفصّل في «التحرير[12]»

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٢ س ٢٨.
(٢ و١٢) تحرير الأحكام: في الوديعة وأسباب الضمان ج ٣ ص ١٩٥ و١٩٦.
(٣) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩١.
(٤) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٣٧ ـ ٢٣٨.
(٥) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٠.
(٦) شرائع الإسلام: في العقد في الوديعة ج ٢ ص ١٦٤.
(٧) المختصر النافع: في الوديعة والعارية ص ١٥٠.
(٨) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٧.
(٩) اللمعة الدمشقية: في الوديعة ص ١٥٤.
(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٢٩٩.
(١١) مفاتيح الشرائع: في وجوب حفظ الوديعة وكيفيّته ج ٣ ص ١٦٥.

ولو نهاه عن النقل من حرز معيّن ضمن بالنقل إلى الأحرز والمساوي، إلّا أن يخاف تلفها فيه ولو قال: وإن تلفت.

فقال: إن تمكّن ولم يكن حرز مثلها ضمن، وإن كان حرز مثلها ففي الضمان إشكال، فتأمّل. وقضيّة كلام «التذكرة» أنّه يراعى الأحرز، فإن تعذّر فالمساوي، فإن تعذّر فالأدون. وقد تشعر بذلك عبارة «المسالك[1]».

والخوف يتحقّق بالعلم أو الظنّ المتاخم له أو مطلقاً. ولو شكّ أو توهّم الخوف فنقل ضمن. وقد تقدّم الكلام[2] فيما إذا نقلها إلى الأدون من دون خوف ونحوه.

قوله: ﴿ولو نهاه عن النقل من حرزٍ معيّنٍ (فنقل ـ خ) ضمن بالنقل إلى الأحرز والمساوي﴾ عندنا كما في «التذكرة[3]» ولا يجوز نقلها إلى غيره وإن كان أحرز إجماعاً كما في «التنقيح[4] والمسالك[5]» وبلا خلاف كما في «الرياض[6]» وبه صرّح في «المبسوط[7]» وغيره[8]. ووجهه ظاهر.

وهذا هو القسم الثالث الّذي وعدنا به فيما سلف[9].

قوله: ﴿إلّا أن يخاف تلفها فيه ولو قال: وإن تلفت﴾ أي لا يضمن إن نقلها إذا خاف تلفها فيه وإن قال له: لا تنقلها وإن تلفت، كما هو خيرة «الشرائع[10]

(١ و ٥) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩١ و ٩٢.

(٢) تقدّم في الصفحة السابقة.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٢ س ١٩.

(٤) التنقيح الرائع: في الوديعة ج ٢ ص ٢٣٨.

(٦) رياض المسائل: في وجوب حفظ الوديعة ج ٩ ص ١٤٩.

(٧) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤١.

(٨) كمجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٢٩٩.

(٩) تقدّمت الوعدة في ص ٢٨٥.

(١٠) شرائع الإسلام: في العقد في الوديعة ج ٢ ص ١٦٤.

والتذكرة[١] والإرشاد[٢] واللمعة[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥] والروضة[٦] ومجمع البرهان[٧]».

وفي «التذكرة[٨]» أيضاً وما يأتي من «الكتاب[٩] وجامع المقاصد[١٠] وتعليق الإرشاد[١١] ومجمع البرهان[١٢]» أنّه لا يضمن، سواء نقلها أم لم ينقلها، للأصل في الثاني وهو ما إذا لم ينقل، ولأنّ المالك قد يعرض عن ماله ولا يجب على الغير حفظه والسعي فيه، إذ ليس ذلك بأقلّ من الإعراض. وهو مثل النهي عن نشر الثوب واللبس اللّذين تتلف الوديعة بتركهما. وفي «المبسوط» أنّ الأقوى أنّه يضمن، لأنّه يلزمه حفظها وكان الحفظ في نقلها[١٣]. وفي «التحرير[١٤]» في عدم الضمان إشكال. ولعلّ الشيخ فهم من النهي أنّ الغرض نوع من الصيانة والاحتياط.

وليعلم أنّه على تقدير أنّ الغرض الإعراض تكون بعد النقل أمانة شرعيّة وعلى تقدير إرادة الصيانة والمبالغة في الحفظ تكون وديعة.

ووجه عدم الضمان إذا نقل عند الخوف وإن قال له لاتنقلها بعد الأصل أنّ النقل جائز، وهو محسن مبالغ في الحفظ والصيانة والإصلاح أو واجب عليه كما

(١ و٨) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٢ س ٣٠.
(٢) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٧.
(٣) اللمعة الدمشقية: في الوديعة ص ١٥٤.
(٤ و١٠) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٣٠.
(٥) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩٢.
(٦) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٣٨.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٢٩٩.
(٩) يأتي في ص ٢٩١.
(١١) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي: ج ٩) ص ٤٦٩.
(١٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٢٩٩.
(١٣) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٠.
(١٤) تحرير الأحكام: في الوديعة وأسباب الضمان ج ٣ ص ١٩٦.

ولو عيّن له حرزاً بعيداًعنه وجبت المبادرة إليه بما جرت العادة، فإن أخّر متمكّناً ضمن.

هو أحد قوليه في «التذكرة[١]» وخيرة «المبسوط[٢] والكتاب» فيما يأتي[٣] و«جامع المقاصد[٤] والمسالك[٥]» وهذا يقضي بأنّ الغرض من النهي عن النقل ولو مع خوف التلف نوع من الصيانة والاحتياط، لأنّ[٦] ذلك إهمالٌ له وإعراض، وقضيّة ذلك أنّه يضمن وإن قال له: لا تنقلها وإن تلفت كما مرّ عن «المبسوط».

وقال المحقّق الثاني[٧] والشهيد الثاني[٨] في المسألة وفيما يأتي أنّه: إن نهاه أو لم ينهه قال له في الأوّل: وإن تلفت أو لم يقل إنّها وديعة يجب حفظها لكنّه لايضمن حيث يقول له: وإن تلفت، لأنّ التلف المستند إلى عدم النقل مستند إلى المالك، لأنّه على وفق قوله، ولم يلتفتا إلى المراد من قوله وإن تلفت هل هو الإعراض أو هو نوعٌ من الحفظ مبالغاً فيه.

ويأتي الكلام[٩] المتقدّم في المنقول إليه من اشتراط كونه مساوياً أو أحرز وعدمه.

قوله: ﴿ولو عيّن له حرزاً بعيداً عنه وجبت المبادرة إليه بما جرت العادة، فإن أخّر متمكّناً ضمن﴾ كما في «الشرائع[١٠]» ونحوه ما في «المبسوط[١١]

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٢ س ٣١.

(٢ و١١) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٠ و١٤٥.

(٣) يأتي في ص ٢٩١.

(٤ و٧) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٣٠ و٣١.

(٥ و٨) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩٢ و٩٣.

(٦) الظاهر أنّ في العبارة تحريفاً، فإنّ المراد منها أنّ المالك إذا قال له لاتنقلها من موضعها وإن تلفت فمفاده اهتمام منه في الصيانة والاحتياط لا إهمال وإعراض من المال، فمعناه أنّ المستودع إذا خالف ونقلها ضمن فحينئذٍ مقتضى الكلام أن تكون العبارة هكذا: لا أنّ ذلك إهمال له وإعراض، فتدبّر جيّداً.

(٩) يأتي في ص ٢٩٣ ـ ٢٩٩.

(١٠) شرائع الإسلام: في اللواحق ج ٢ ص ١٦٧ ـ ١٦٨.

والتحرير[١] والتذكرة[٢] والإرشاد[٣] والمسالك[٤] ومجمع البرهان[٥]» فلو أمره بوضعها في البيت وكان في الدكّان فإنّه يلزمه في الحال أن يحملها إلى البيت ولا يعدو بل يمشي على حسب عادته، ويدقّ الباب على جاري العادة، وإن لم يحملها حين الأخذ وأخّر عن المبادرة مع التمكّن منها وإن قلّ ضمن كما صرّح به في «المبسوط[٦]» وغيره[٧] لأنّ الواجب عليه وضعها فيما عيّنه له، وذلك شامل لجميع أجزاء الزمان الّذي يكون فيه مستودعاً، فلزم وجوب المبادرة إلى وضعها فيه. وأمّا أنّ المبادرة بمعنى عدم التأخير وعدم العدو في المشي إنّما تجب على جاري العادة فلأنّ الإطلاق إنّما يحمل على الأُمور المتعارفة في العادة، فلا يجب عليه العدو والركض، ولا يجوز التأخير الخارج عن العادة الزائد عن المتعارف.

وقد يعطي كلام «المبسوط» وغيره ممّا قيّد بالإمكان أنّه لا يجوز التأخير لاستكمال وطره وحاجته من بيع أو شراء أو تدريس أو أكل أو حمام ممّا ليس ضروريّاً، فليتأمّل. وهل يبقى الضمان مع عدم المبادرة وإن وضعها بعد ذلك في المعيّن؟ وجهان.

ويراد بالتمكّن هنا ما يعمّ الشرعي والعقلي. وقد مثّل الشرعي بما إذا كان في وقت فريضة وقد ضاق بحيث تستلزم المبادرة فواتها.

---

(١) تحرير الأحكام: في الوديعة وأسباب الضمان ج ٣ ص ١٩٦.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٤ س ٢٥.

(٣) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٨.

(٤) مسالك الأفهام: في أحكام الوديعة ج ٥ ص ١٢١.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣١٤.

(٦) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٥.

(٧) كالعلّامة في تحرير الأحكام: في الوديعة وأسباب الضمان ج ٣ ص ١٩٦.

ولو وضعها فيما عيّنه له فخاف من غرقٍ أو حرقٍ وجب نقلها إلى حرز غيره، فإن تركها والحال هذه ضمنها، سواء تلفت بـالأمر المخوف أو بغيره.

ولو قال: لا تنقلها وإن خفت فنقلها من غير خوفٍ ضمن. ولو نقلها مع الخوف أو تركها لم يضمن كما لو قال: أتلفها.

قوله: ﴿ولو وضعها فيما عيّنه له فخاف من غرقٍ أو حرقٍ وجب نقلها إلى حرز غيره، فإن تركها والحال هذه ضمنها، سـواء تـلفت بالأمر المخوف أو بغيره﴾ الغرض من هذه العبارة أنّه لو وضعها فيما عيّنه له سواء نهاه عن نقلها وقال: وإن خفت تلفها لا تنقلها أو لم يقل أو لم ينهه وعرض إحدى الحالات وأمكن النقل ضمن، لأنّه مفرط في الحفظ، إذ الظاهر أنّه قـصد بالتعيين أو النهي عن النقل نوعاً من الصيانة والاحتياط لا أنّه قصد بالنهي الإعراض، فإذا عرضت هذه الأحوال فالاحتياط في النقل، لأنّه مأمور بالحفظ الّذي لا يتمّ إلّا بالنقل، فإذا لم ينقلها كان مفرطاً ضامناً لها، سواء تلفت بالمخوف أم بغيره.

ويدخل في إطلاق العبارة ما إذا نهاه عن النقل وإن تلفت، كأن قال له: لا تنقلها وإن خفت تلفها علماً أو ظنّاً، لكنّه لما ذكره بعده عرفنا أنّه لم يرد منها.

قوله: ﴿ولو قال: لا تنقلها وإن خفت فنقلها من غيرخوف ضمن﴾ يدلّ عليه بالأولويّة ما تقدّم[1] من الإجماع المعلوم والمنقول في «التنقيح والمسالك».

قوله: ﴿ولو نقلها مع الخوف أو تركها لم يضمن كما لو قال: أتلفها﴾ هذا ما أخرجه المصنّف من إطلاق العبارة المتقدّمة، وقد تقدّم الكلام[2] فيه مستوفى.

(١ و ٢) تقدّم في ص ٢٨٧ ـ ٢٨٩.

ولو ادّعى الناقل عن المعيّن السبب كالغرق فأنكر المالك احتمل تقديم قول المالك، لإمكان إقامة البيّنة، وقول الودعيّ لأنّه أمينه.

ولعلّ فيه شائبة التكرار، وقد كان يمكن الاختصار. ولعلّ ظاهر كلامه في المقامين أنّه لم يقصد بالنهي عن النقل وإن خاف التلف الإعراض لكنّ التشبيه قد يقتضيه، لكنّ الظاهر أنّه لا يخلو في الواقع من أحد أمرين: إمّا الإعراض أو الاجتهاد في الحفظ والصيانة والاحتياط كما مرّ[1]. واحتمال خلوّه عن أحدهما كاللجاج والعناد بعيدٌ جدّاً.

قوله: ﴿ولو ادّعى الناقل عن المعيّن السبب كالغرق فأنكر المالك احتمل تقديم قول المالك، لإمكان إقامة البيّنة﴾ هذا خيرة «المبسوط[2] والتذكرة[3]» لأنّ المستودع ادّعى أمراً ظاهراً لا يخفى كالحريق والنهب والغرق فيمكن إقامة البيّنة عليه بخلاف السرقة والغصب والتلف في يده، فإنّها أُمور خفيّة يقبل قوله فيها مع يمينه.

قوله: ﴿وقول الودعيّ لأنّه أمينه﴾ ولأنّه محسن فلا سبيل عليه، ولأنّه إنّما قبض لمحض مصلحة المالك فلا يناسب عدم قبول قوله بيمينه، ولأنّ عدم تقديم قوله يفضي إلى تنفير الأُمناء من الوديعة، فربّما أدّى إلى تعذّر حصولها، وأنّ إمكان إقامة البيّنة لا يستلزم توقّف القبول على إقامتها كما في دعوى التلف. وقد اختاره في «المختلف[4]» وقوّاه في «جامع المقاصد[5]» بل في «المختلف» أنّه أشهر.

---

(١) تقدّم في ص ٢٨٨ ـ ٢٨٩.

(٢) المبسوط: في الوديعة ... ج ٤ ص ١٤١.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٢ س ٣٣.

(٤) مختلف الشيعة: في الوديعة ج ٦ ص ٦٦ ـ ٦٧.

(٥) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٣١ ـ ٣٢.

ولو أمره بالوضع في المنزل فوضعها في ثيابه ضمن. ولو قال: ضعها في كُمّك فوضعها في جيبه لم يضمن، لأنّه أحرز،

ولعلّه استند في دعوى الأشهرية إلى عمومات النصّ والفتوى، فقد روي في «الفقيه[1]» في الصحيح عن حمّاد عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام، ورواه ثقة الإسلام[2] والشيخ[3] في الحسن الّذي هو كالصحيح عن حمّاد عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان. وهو بإطلاقه شامل للغرق وغيره كإطلاقات الفتاوى، وإلّا فلم نجد مَن أفتى به قبله في خصوص الفرض غير الشيخ في «المبسوط» مخالفاً له.

قوله: ﴿ولو أمره بالوضع في المنزل فوضعها في ثيابه ضمن﴾ كما في «التحرير[4] والتذكرة[5]» مع زيادة قيد في الأخير وهو أنّه خرج بها بعد وضعها في ثيابه. ولا فرق في ذلك بين أن يربطها في ثيابه ويحكم شدّها أو لا، لأنّ البيت أحرز لها. ولو أودعه في البيت ولم يقل له شيئاً فخرج بها مربوطة في ثيابه احتمل عدم الضمان، لأنّه احترز عليها بالشدّ والربط، وذلك حرز مثلها، ولم ينصّ على حرز بعينه.

قوله: ﴿ولو قال: ضعها في كُمّك فجعلها في جيبه لم يضمن، لأنّه أحرز﴾ كما في «المبسوط[6] والسرائر[7] والتذكرة[8]» لأنّه ربما نسي فسقط الشيء

---

(١) من لا يحضره الفقيه: في الوديعة ج ٣ ص ٣٠٤ ح ٤٠٨٧.
(٢) الكافي: في ضمان العارية والوديعة ج ٥ ص ٢٣٨ ح ١.
(٣) تهذيب الأحكام: ب ١٦ في الوديعة ج ٧ ص ١٧٩ ح ٣.
(٤) تحرير الأحكام: في الوديعة وأسباب الضمان ج ٣ ص ١٩٦.
(٥) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٤ س ٢٧.
(٦) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٥.
(٧) السرائر: في الوديعة ج ٢ ص ٤٤٠.
(٨) تذكرة الفقهاء: في حكم مخالفة المستودع ... ج ٢ ص ٢٠٤ س ١٤.

ويضمن بالعكس. ولو قال: اربطها في ثوبك فجعلها في يده احتمل الضمان لكثرة السقوط من اليد، وعدمه لأنّها أحفظ من الطرّار بالبطّ،

من كمّه. وفي «جامع المقاصد» أنّه يضمن بناءً على ما حقّقه من أنّه لا يجوز النقل إلى الأحرز إذا عيّن المودع موضعاً[1]. وفي «التحرير» إن جعلها في جيبه الباطن لا يضمن، وإن جعلها في الظاهر ضمن[2]. وفي «التذكرة[3]» لو انعكس ضمن لا محالة، فتأمّل.

قوله: ﴿ولو قال: اربطها في ثوبك فجعلها في يده احتمل الضمان لكثرة السقوط من اليد﴾ هذا هو الّذي يقوى في نفس الشيخ[4] وابن إدريس[5] ويندرج تحت قوله في «الغنية[6]»: أو خالف مرسوم صاحبها، وهو خيرة «التذكرة[7]». وفي «جامع المقاصد[8]» أنّه قويّ، لمكان المخالفة وأحرزيّة الكمّ، لأنّ الإنسان قد يسهو ويغفل فتسقط من يده. وفي «التحرير[9]» لو قال: اربطها في كمّك فجعلها في يده فأخذه ظالم فالأقرب الضمان. وفي «المبسوط والسرائر والتذكرة» فرضت المسألة فيما إذا قال له: اربطها في كمّك فجعلها في يده كالتحرير وهما بمعنى.

قوله: ﴿وعدمه، لأنّها أحفظ من الطرّار بالبطّ﴾ لأنّ اليد أحرز من الكمّ، لأنّ الطرّار يأخذ من الكمّ ولا يتمكّن من الأخذ من اليد. وهذا أحد النقلين عن الشافعي[10]. وحمله بعض أصحابه على ما إذا أمسكها باليد بعد الربط بالكمّ، لأنّ

(١ و٨) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٣٢.

(٢ و٩) تحرير الأحكام: في الوديعة وأسباب الضمان ج ٣ ص ٢٠٠ و١٩٦.

(٣ و٧) تذكرة الفقهاء: في حكم مخالفة المستودع ... ج ٢ ص ٢٠٤ س ١٥ و٦ ـ ٧.

(٤) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٥. (٥) السرائر: في بيان حكم الوديعة ج ٢ ص ٤٤٠.

(٦) غنية النزوع: في الوديعة ص ٢٨٣.

(١٠) المجموع: في الوديعة ج ١٤ ص ١٨٣.

أمّا لو استرخى بنومٍ أو نسيانٍ فإنّه يضمن، فإن ربطها امتثالاً له وجعل الخيطَ الرابطَ من خارج الكمّ ضمن، لأنّه إغراءٌ للطرّار، ولايضمن لو جعله من داخل،

كون اليد أحفظ إنّما هو في حال اليقظة، أمّا مع الغفلة والنسيان فلا، وذلك من الأُمور اللازمة، فكانت أدون في الحرزيّة، ويلزم على هذا التعليل أنّها لو تلفت بأخذ غاصب لا يضمن، ويمكن دفعه بأدنى تأمّل، وقد سمعت ما في «التحرير».

قوله: ﴿أمّا لو استرخى بنومٍ أو نسيانٍ فإنّه يضمن﴾ أي حيث يأمره بالربط في الثوب فيضعها في اليد فيسترخي، لأنّها لو كانت مربوطة بالكمّ ما ضاعت بهذا السبب، فالتلف حصل بسبب المخالفة. وفيه: أنّه إذا كان جائزاً فلا تقصير فلا ضمان. وقد يقال[1]: إنّ اليد ليست حرزاً إلّا في حال اليقظة، لأنّ ما فيها يضيع بالنسيان والبسط، وما في الكمّ لا يضيع بهما، فإذا حصل الاسترخاء بنومٍ ونحوه زالت الحرزيّة وجاء الضمان.

قوله: ﴿فإن ربطها امتثالاً له وجعل الخيط الرابط من خارج الكمّ ضمن، لأنّه إغراءٌ للطرّار، ولا يضمن لو جعله من داخل﴾ إذا ربطها في كمّه بأمر المالك، فإن جعل الخيط الرابط خارج الكمّ فأخذها الطرّار ضمن، لأنّ فيه إظهار الوديعة وتنبيه الطرّار على ما لم يكن بصدده حيث أعدّ له الفرصة بسهولة القطع والحلّ عليه، وإن ضاع بالاسترسال وانحلال العقد لم يضمن إذا احتاط في الربط وقوّة الشدّ، لأنّها إذا انحلّت بقيت الدراهم في الكمّ، وإن جعل الخيط الرابط داخل الكمّ انعكس الحكم، فإن أخذه الطرّار لم يضمن، وإن سقط بالاسترسال ضمن، لأنّ العقد إذا انحلّ تناثرت الدراهم.

---

(١) كما في جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٣٢.

ولو نقل من صندوق إلى صندوق والصناديق للمالك ضمن، ولو كانت للمستودع فهي كالبيوت.

وقد يقال[1]: إنّ المأمور به مطلق الربط فإذا أتى به وجب أن لا ينظر إلى جهات التلف بخلاف ما إذا عدل عن المأمور به إلى غيره فأفضى إلى التلف. وقضيّة هذا التفصيل أنّه إذا قال له: احفظ الوديعة في هذا البيت فوضعها في زاوية منه فانهدمت ضمن، لأنّها لو كانت في زاوية اُخرى لسلمت وأنّ هذا لبعيد، ويمكن الفرق.

قوله: ﴿ولو نقل من صندوق إلى صندوق والصناديق للمالك ضمن﴾ كما في «المبسوط[2] والتحرير[3] والتذكرة[4] وجامع المقاصد[5]» لأنّ المالك بوضعه قد عيّن الحرز، فإذا خالف المستودع كان تصرّفاً غير مأذون فيه فيضمن وإن كان أحرز، لأنّ في ذلك تغييراً لحال الوديعة إلّا مع الخوف والحاجة إلى النقل، بل في «التحرير[6]» أنّها في الحقيقة وكالة لا استيداع. وبما عرفت يظهر الفرق بين كون الصناديق للمالك أو المستودع. وكذلك لو كان الصندوق المنقول منه فقط للمالك. ومثل الصندوق الظرف والخريطة.

قوله: ﴿ولو كانت للمستودع فهي كالبيوت﴾ كما في «التحرير[7]» فإن كان النقل إلى أدون في الحرز ضمن، وإن كان إلى مثله أو أحرز فالخلاف. ووجّهه في «التذكرة[8]» بأنّ له تفريغ ملكه ولا يتعيّن الحفظ فيما وضعه فيه فجاز له النقل. وهو قد يقضي بجوازه إلى الأدون. ولو قال هنا كما قال في «التحرير» ولو نقل من

---

(١) القائل هو بعض الشافعيّة، فراجع مغني المحتاج: ج ٣ ص ٨٦.

(٢) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٣.

(٣ و٦ و٧) تحرير الأحكام: في الوديعة وأسباب الضمان ج ٣ ص ١٩٦ و١٩٥.

(٤ و٨) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٤ س ٣٠ و٣١.

(٥) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٣٣.

ولو أمره بجعلها في صندوق من غير قفل فقفل عليها لم يضمن. ولو قال: اجعلها في هذا البيت ولا تدخله أحداً فأدخل قوماً ضمن،سواء سرقت حال الإدخال أو بعده، سرقها مَن دخل البيت أو غيره.

صندوق إلى صندوق فالتفصيل فيه كما في البيوت، لكان أوجز وأجود.

قوله: ﴿ولو أمره بجعلها في صندوق من غير قفل فقفل عليها لم يضمن﴾ كما في «المبسوط[1] والتحرير[2]» لأنّه زادها حرزاً، فكان كما لو قال له: اطرحها في صحن دارك فأدخلها في البيت وقفله. قال في «المبسوط»: ومن الناس من قال يلزمه الضمان، لأنّه نبّه عليه اللصوص بأنّ فيه مالاً. وردّه بأنّه لو قال بلفظه: إنّ فيه مالاً لم يضمن فبالأولى أن لا يضمن بالتنبيه.

قلت: قد يجيء على هذا أنّه لو قيل له هل لفلان عندك وديعة؟ فأخبره، فسرقها السائل أن لا ضمان، وهو كذلك كما سيأتي[3] من أنّه لو أخبر السارق بالوديعة لايضمن، فإن عيّن الموضع ضمن. وقد يقال[4]: إنّ كتمانها من حفظها فإذا أخبره فقد ترك الحفظ. وأولى منه ما إذا قال له: لا تخبر بوديعتي أحداً فخالف وأخبر غيره فسرقها المخبر أو مَن أخبره فإنّه يضمن كما يأتي مثله، لإفضاء الإخبار إلى السرقة وإن تلفت بسببٍ آخر، فتدبّر.

قوله: ﴿ولو قال: اجعلها في هذا البيت ولا تدخله أحداً فأدخل قوماً ضمن، سواء سرقت حال الإدخال أو بعده، سرقها مَن دخل

---

(١) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٤.

(٢) تحرير الأحكام: في الوديعة وأسباب الضمان ج ٣ ص ١٩٧.

(٣) سيأتي في ص ٣٠٠.

(٤) مغني المحتاج: ج ٣ ص ٨٨.

ولو قال: اجعل الخاتم في الخنصر فجعله في البنصر لم يضمن، بخلاف العكس.

البيت أو غيره﴾ لو أمره بالحفظ في بيت معيّن ونهاه عن أن يدخل إليه أحد أو نهاه عن الاستعانة بالحرسة فخالف، فإن حصل التلف بسبب المخالفة بأن سرقها الّذين أدخلهم أو الحرسة ضمن قطعاً كما في «التذكرة[١]» وبه صرح في «التحرير[٢] وجامع المقاصد[٣]» واستشكل في «التذكرة[٤]» فيما لو سرقها غير الداخلين والحارسين أو تلفت بحرق أو غرق من التفريط بالمخالفة ولولاه لم تضمن بذلك السبب، ومن حصول التلف بغير سبب المخالفة، ثمّ قوّى الأوّل، وهو الّذي قرّبه في «التحرير[٥]» وهو ظاهر «جامع المقاصد[٦]» وليس إدخال القوم معتبراً في الحكم، بل هو جارٍ في الواحد. والظاهر اعتبار الشرط فيما إذا نقلها إلى المساوي، بل وإلى الأحرز.

قوله: ﴿ولو قال: اجعل الخاتم في الخنصر فجعله في البنصر لم يضمن، بخلاف العكس﴾ كما في «المبسوط[٧] والسرائر[٨] والتذكرة[٩] والتحرير[١٠]» وشرط في الأخير في صورة الأصل أن يكون الخاتم متّسعاً ينزل إلى أسفل، قال: وإن كان ضيّقاً يقف عند الأنملة ضمن. وهو مراد في بقية العبارات، وكذا إذا كان وضعه في البنصر مفضياً إلى تلفه بالكسر أو الفكّ فإنّه يضمن لو تلف. وينبغي التقييد في صورة العكس بما إذا كان يبلغ أسفل البنصر، وإلّا فأصل الخنصر

(١ و ٤) تذكرة الفقهاء: في حكم مخالفة المستودع للمودع ... ج ٢ ص ٢٠٤ س ٣٨ و ٤٠ ـ ٤١.
(٢ و ٥ و ١٠) تحرير الأحكام: في الوديعة وأسباب الضمان ج ٣ ص ١٩٧ و ١٩٦.
(٣ و ٦) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٣٤.
(٧) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٤.
(٨) السرائر: في الوديعة ج ٢ ص ٤٤٠.
(٩) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٥ السطر الأوّل.

ولو لم يعيّن موضعاً وجب حفظها في حرزٍ مثلها أو أعلى، ولايضمن بالنقل عنه وإن كان إلى أدون.

ولو كانت في بيت صاحبها فقال له: احفظها في موضعها فنقلها من غير خوف ضمن، لا معه.

أوثق منه. وهذا كلّه مبنيّ على أنّ النقل إلى الأحرز عن المعيّن جائز اختياراً، وأمّا على القول بعدم جوازه إلّا عند الضرورة فلا يتأتّى ذلك.

قوله: ﴿ولو لم يعيّن موضعاً وجب حفظها في حرزٍ مثلها أو أعلى، ولا يضمن بالنقل عنه وإن كان إلى أدون﴾ أي أدون من الأعلى لا أدون من حرز مثلها فإنّه ليس بحرز. فالضمير في «عنه» راجع إلى الأعلى.

وبالأحكام الأربعة صرّح في «التحرير»[1] وهو قضيّة كلام الأصحاب في مطاوي الباب إذا قصد بنقلها الحفظ والصيانة، وأمّا إذا قصد به مع ذلك الاستعمال بالتزيّن وغيره فالظاهر أنّه يضمن وإن كان النقل إلى الأعلى. قال في «التذكرة»: فيما إذا أودعه خاتماً ولم يعيّن له شيئاً فإن جعله في الخنصر لم يضمن إن قصد الحفظ لأنّ الخنصر حرز مثل الخاتم، وإن قصد الاستعمال والتزيّن به ضمن. وهو أحد الاحتمالين عند الشافعيّة. وأمّا إذا قصد بالنقل التزيّن فقط فلاريب في الضمان عند علماء الإسلام[2].

قوله: ﴿ولو كانت في بيت صاحبها فقال له: احفظها في موضعها فنقلها من غير خوفٍ ضمن، لا معه﴾ تقدّم الكلام في مثله غير مرّة. قال في «جامع المقاصد»: لو كانت الوديعة في بيت مالكها فقال له: احفظها في موضعها

---

(١) تحرير الأحكام: في الوديعة وأسباب الضمان ج ٣ ص ١٩٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٥ س ٤.

الخامس: التضييع، بأن يلقيها في مَضيَعةٍ أو يدلّ سارقاً أو يقرّبها لظالم

لم يجز له نقلها بحال وإن كان إلى أحرز قولاً واحداً، لأنّه ليس بمستودع في الحقيقة وإنّما هو وكيل في الحفظ[١]. وفي «الحواشي[٢]» أنّ فيه دقيقة وهي أنّه لايشترط كون الحرز للمستودع حالة الإيداع.

[في ما لو دلّ سارقاً أو أقرّبها لظالم]

قوله: ﴿الخامس: التضييع، بأن يلقيها في مَضيَعةٍ أو يدلّ سارقاً﴾ أي على مكانها. قال في «التذكرة[٣]» ولو أخبر المستودع اللصّ بالوديعة فسرقها، فإن عيّن له الموضع ضمن لأنّه فرّط في حفظها، ولو لم يعيّن المكان لم يضمن، انتهى. وقد يقال[٤]: إنّ مجرّد إخبار السارق موجب لسعيه في معرفة مكانها وأخذها فكان سبباً لتضييعها.

قوله: ﴿أو يقرّ بها لظالم﴾ كما في «الغنية[٥] والسرائر[٦]» وغيرهما[٧]. وظاهر الأوّل الإجماع عليه. وقضيّته أنّ مجرّد الإخبار هنا يقتضي الضمان ولا يفتقر إلى تعيين المكان ولا إلى غيره. واستجوده في «جامع المقاصد[٨]» وفرّق بأنّ الظالم إذا

(١ و٨) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٣٥ ـ ٣٦.

(٢) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٥ س ١٥.

(٤) كما في جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٣٦.

(٥) غنية النزوع: في الوديعة ص ٢٨٣.

(٦) السرائر: في بيان أحكام الوديعة ج ٢ ص ٤٣٥.

(٧) كتحرير الأحكام: في الوديعة وأسباب الضمان ج ٣ ص ١٩٤.

أو يسعىٰ بها إلى مَن يصادر المالك فيضمن. ولو ضيّع بالنسيان فالأقرب الضمان.

علم أخذها قهراً والسارق لا يمكنه إلّا إذا علم موضعها، وقد سمعت [1] الاحتمال.

قوله: ﴿أو يسعىٰ بها لمن يصادر المالك فيضمن﴾ أي يأخذ أمواله. ولعلّه كالمستغنى عنه، لأنّ المصادر ظالم والسعاية بها إليه إخبار وزيادة، ونِعمَ ما قال في «التحرير [2]»: أو يسعى بها لظالم، فشمل القسمين.

قوله: ﴿ولو ضيّع بالنسيان فالأقرب الضمان﴾ كما في «التحرير [3] والإيضاح [4] وجامع المقاصد [5]» لأنّه فرّط بالنسيان لقدرته على التكرار الموجب للتذكار، والمشهور أنّ النسيان كالعلم مقدور. ومعناه أنّه حصل تضييع الوديعة بسبب نسيانها كأن ترك نشر الثوب حيث يفسده الدود بتركه، وسقي الدابّة مع الضرورة، وكذا إحرازها ونحو ذلك.

ووجه عدم الضمان قوله عليه وآله الصلاة والسلام: رفِعَ عن اُمّتي الخطأ والنسيان [6]. والمراد رفع الحكم، مضافاً إلى الأصل، وأنّه أمين فلا يضمن نصّاً [7] وإجماعاً. والمتيقّن خروج العامد مع عدم صدق الخيانة والإتلاف كما تقدّم [8] بيان ذلك، إلّا أن تقول كما في «جامع المقاصد» قال ما حاصله: المفروض أنّه ضيّع

---

(١) تقدّم في الصفحة السابقة.

(٢ و٣) تحرير الأحكام: في الوديعة وأسباب الضمان ج ٣ ص ١٩٤.

(٤) إيضاح الفوائد: في الوديعة ج ٢ ص ١١٨.

(٥) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٣٦.

(٦) وسائل الشيعة: ب ٥٦ في أبواب جهاد النفس وما يناسبه ح ١ ج ١١ ص ٢٩٥.

(٧) وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب الوديعة ح ١ ج ١٣ ص ٢٢٧.

(٨) تقدّم في ص ٢٧٥ ـ ٢٧٦.

ولو سلّمها إلى الظالم مكرهاً استقرّ الضمان على الظالم،

بنسيانه فكان مفرّطاً، فكانت يده يد عدوان والعدوان موجب للضمان، سواء عدّ مقصّراً بالنسيان أم لا، فإنّ مَن وضع يده على مال الغير بغير حقّ أو أتلفه نسياناً ضامن لا محالة[١].

قلت: لك أن تمنع أنّه يقال له: مضيّع مفرّط عرفاً. وفرق بين الودعي المتلف نسياناً وغيره، لأنّ الأوّل دلّ الدليل على عدم تضمينه إلّا ما خرج به. وقد يشهد له ما يأتي[٢] في المكره والجاهل والغالط، والمخطئ كالعامد عندهم في مثل ذلك.

ويبقى التأمّل في كلام «جامع المقاصد» فكأنّه غير ملتئم، لأنّه رتّب الحكم تارةً على التفريط واُخرى على الأسباب، والظاهر أنّ بناء الحكم عندهم على التقصير والتفريط، كما هو صريح جماعة[٣] وظاهر آخرين[٤]، ويمنعون كون الناسي غير مفرّط بعد ما اشتهر عندهم أنّ النسيان مقدور. ونحوه الغافل والجاهل. ويبقى الكلام في الغالط والمخطئ كما إذا أراد أن ينشر الثوب المستودع فغلط ونشر غيره فتلف، فتأمّل. وبناء الحكم على الأسباب مردود من وجهين، لأنّ أخبار الباب أخصّ منها، ولم يعدّوا مثلها في باب الغصب أسباباً موجبة للضمان.

قوله: ﴿ولو سلّمها إلى الظالم مكرهاً استقرّ الضمان على الظالم﴾

---

(١) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٣٦.

(٢) يأتي في ص ٣٠٨ ـ ٣١٢.

(٣) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في موجبات الضمان ج ٢ ص ١٦٥، والعلّامة في تحرير الأحكام: في أسباب الضمان ج ٣ ص ١٩٣، وابن إدريس في السرائر: في أحكام الوديعة ج ٢ ص ٤٣٥.

(٤) منهم العلّامة في إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٧، والفخر في الإيضاح: في الوديعة ج ٢ ص ١١٨، والطباطبائي في رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٥٦.

والأقرب انتفاؤه عنه.

لأنّ تلفها لو فرض وقوعه إنّما كان في يده.

قوله: ﴿والأقرب انتفاؤه عنه﴾ إذا أخذها الظالم منه قهراً فإمّا أن يتولّى أخذها بيده أو غلامه من يده أو مكانه أو يأمره بدفعها إليه بنفسه فيدفعها إليه كرهاً، فإن كان الأوّل فلا ضمان عليه قولاً واحداً، وإن كان الثاني فكذلك كما هو المشهور كما في «المختلف[1] والإيضاح[2] وشرح الإرشاد» لفخر الإسلام[3] والأشهر كما في «الرياض[4]» وخيرة «السرائر[5] والشرائع[6] والنافع[7] والمختلف[8] والإرشاد[9] واللمعة[10] وجامع المقاصد[11] وإيضاح النافع والروضة[12] والكفاية[13] والمفاتيح[14] والرياض[15]» والمخالف أبو الصلاح فيما حكي[16] عنه وأبو المكارم[17] والمصنّف في «التذكرة[18] والتحرير[19]». قال في «الغنية» في تعداد ما يوجب الضمان: وكذا لو

(١ و٨) مختلف الشيعة: في الوديعة ج٦ص٥٩. (٢) إيضاح الفوائد: في الوديعة ج ٢ص١١٨.
(٣) شرح إرشاد الأذهان للنيلي: في الوديعة ص ٦٤ س ٣١.
(٤ و١٥) رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٦١.
(٥) السرائر: في بيان أحكام الوديعة ج ٢ ص ٤٣٥.
(٦) شرائع الإسلام: في عقد الوديعة ج ٢ ص ١٦٣.
(٧) المختصر النافع: في الوديعة ص ١٥٠.
(٩) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٧.
(١٠) اللمعة الدمشقية: في الوديعة ص ١٥٤.
(١١) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٣٧.
(١٢) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٣٢.
(١٣) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٢.
(١٤) مفاتيح الشرائع: في الوديعة أمانة لا يضمن إلّا بالتفريط والتعدّي ج ٣ص ١٦٤.
(١٦) الحاكي هو العلّامة في مختلف الشيعة: في الوديعة ج ٦ ص ٥٩.
(١٧) غنية النزوع: في الوديعة ص٢٨٣. (١٨) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ص٢٠٥س١٦.
(١٩) تحرير الأحكام: في الوديعة وأسباب الضمان ج ٣ ص ١٩٥.

وهل يجب عليه الاختفاء لو طلبه الظالم؟ الأقرب ذلك.

أقرّ بها لظالم يريد أخذها من دون أن يخاف القتل أو سلّمها إليه بيده أو بأمره إن خاف ذلك، وظاهره الإجماع عليه. وقال في «التحرير»: للمالك الرجوع على مَن شاء منهما.

والوجه في المشهور أنّه غير مقصّر ويده يد أمانة فلا ضمان لانتفاء مقتضيه، والإكراه صيّر فعله منسوباً إلى المكره، ولأنّه محسن فلا سبيل عليه إذ التسليم بإذن الشارع، على أنّ قبضه إنّما كان لمصلحة المالك فلا يناسب تضمينه بغير عدوان، على ما فيه من سدّ باب الوديعة.

ووجه القول الآخر أنّه مباشر لتسليم مال الغير إلى غير مالكه ولعموم قوله صلى الله عليه وآله [1]: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» وقد علمت غير مرّة أنّه مخصوص بالأمانات. ولعلّ معنى ضمانه عند هؤلاء أنّه يجوز له الرجوع عليه وإن استقرّ الضمان على الظالم، ومعنى عدم ضمانه عند المشهور أنّه لا يجوز له مطالبته والأخذ منه كما أفصحَت به بعض كلماتهم [2]. وكأنّ ما في «المسالك [3]» يخالف ذلك فإنّه جعل معنى عدم ضمانه أنّه لا يستقرّ عليه، بل يرجع بما غرم على الظالم، وهو كما ترى خالٍ عن التحصيل.

وكيف كان، إنّما ينتفي عنه الضمان إن لم يكن سبباً في الأخذ القهري بأن كان سعى بها إلى الظالم أو أظهرها، فوصل إليه خبرها مع مظنّته.

قوله: ﴿وهل يجب عليه الاختفاء لو طلبه الظالم؟ الأقرب ذلك﴾

---

(١) عوالي اللآلي: في المضاربة ح ٢ ج ٣ ص ٢٤٦.

(٢) كما في رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٦١.

(٣) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٨٣.

ويجوز الحلف كاذباً للمصلحة، ويجب التورية على العارف.

كما في «التحرير[1] والتذكرة[2] والإيضاح[3] وجامع المقاصد[4] والمسالك[5] والروضة[6]» لقدرته على حفظها به الواجب عليه مطلقاً فيجب ما يتوقّف عليه، فلو أهمل ذلك مع قدرته عليه ضمن، ويحتمل العدم لما فيه من الضرر، ولعلّ الأولى التفصيل بين الكبير الجليل وغيره.

[في الحلف كاذباً للمصلحة وحكم التورية]

قوله: ﴿ويجوز الحلف كاذباً للمصلحة، وتجب التورية على العارف﴾ قد نقل الإجماع في «الغنية[7]» على أنّه يجوز له أن يحلف أن ليس عنده وديعة ويورّي. وظاهره أنّ كليهما جائزان وهو ظاهر «السرائر[8] والشرائع[9] والنافع[10] والإرشاد[11] والتحرير[12]» حيث قيل في الأوّل: له أن يحلف ويورّي، وفي الثاني: يجوز أن يحلف مورّياً، وهكذا البقيّة. ولم يفرّق فيها بين العارف وغيره، ولعلّ مرادهم العارف.

وفي صريح «اللمعة[13] وجامع المقاصد[14] والمسالك[15] والروضة[16] ومجمع

(١ و١٢) تحرير الأحكام: في الوديعة وأسباب الضمان ج ٣ ص ١٩٥ و١٩٣.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ... ج ٢ ص ٢٠٥ س ٢٠.

(٣) إيضاح الفوائد: في الوديعة ج ٢ ص ١١٩.

(٤ و١٤) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٣٧ و٣٨.

(٥ و١٥) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٨٣ و٨٤.

(٦ و١٦) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٣٥.

(٧) غنية النزوع: في الوديعة ص ٢٨٣.

(٨) السرائر: في بيان أحكام الوديعة ج ٢ ص ٤٣٥.

(٩) شرائع الإسلام: في عقد الوديعة ج ٢ ص ١٦٣.

(١٠) المختصر النافع: في الوديعة والعارية ص ١٥٠.

(١١) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٧.

(١٣) اللمعة الدمشقية: في الوديعة ص ١٥٤.

البرهان[١] والمفاتيح[٢]» أنّه يجب عليه الحلف. وهو ظاهر «التبصرة[٣] والكفاية[٤]».

وصريح «التذكرة[٥] وجامع المقاصد[٦] والمسالك[٧] والروضة[٨]» أنّه يجب على العارف التورية، وقد يظهر من «اللمعة» ذلك من دون تعرّض للعارف.

وقد استدلّ في «جامع المقاصد[٩] والمسالك[١٠]» على وجوبهما بأنّ جواز الحلف كذباً إنّما يكون حيث يتوقّف حفظ الوديعة عليه، والحفظ واجب، لأنّ ذهاب مال المسلم أشدّ قبحاً من هذا الكذب، وأنّ وجوب التورية على العارف للتفصّي عن ارتكاب القبيح.

قلت: وجوب الحلف حينئذٍ كأنّه واضح الدليل ولا قبح فيه، لا أنّه أقلّ قبحاً كما ستعرف وإلّا لامتنع النسخ. ولعلّ مراد من عبّر بالجواز بالمعنى الأعمّ وأنّ الغرض رفع الحجر والحظر، لكن وجوب التورية على العارف إنّما يتأتّى على القول بأنّ الكذب الواجب باقٍ على قبحه. وفيه: أنّه إذا وجب الكذب واليمين لحفظ المعصوم مثلاً أو المسلم مطلقاً كان واجباً صرفاً ونفعاً محضاً، لا أنّه قبيح وضرر وجب ارتكابه لأن كان أقلّ قبحاً وأخفّ ضرراً كما قاله سلطان المحقّقين نصير الملّة والدين[١١] والمحقق الثاني[١٢] والشهيد الثاني[١٣] لأنّه يلزم منه اجتماع الحسن والقبح والضرر والنفع والمدح والذمّ والثواب والعقاب في شيء واحد شخصي، فيلزم أن يكون في كذبه لإنقاذ المعصوم قد فعل محرّماً يعاقب عليه وفعل واجباً يثاب عليه، على أنّ سلطان العلماء[١٤] إنّما التزم ذلك في جواب اعتراض من قال:

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣٠٠.

(٢) مفاتيح الشرائع: في الوديعة أمانة لا يضمن إلّا بالتفريط والتعدّي ج ٣ ص ١٦٤.

(٣) تبصرة المتعلّمين: في الوديعة ص ١٠٥. (٤) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٢.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٥ س ٢١.

(٦ و٩ و١٢) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٣٨.

(٧ و١٠ و١٣) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٨٤.

(٨) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٣٥.

(١١) كشف المراد: في إثبات الحسن والقبح العقليّين ص ٢٣٦.

(١٤) لا يخفى عليك أنّ المراد من قوله: سلطان العلماء هو سلطان المحقّقين نصير الدين الطوسي ←

إنّ الكذب قبيح لذاته، فلا ردّ له بناءً على ذلك إلّا بذلك. والجواب عن التناقض ـ بأنّ القبح الذاتي لم ينعدم، وإنّما عرض له شيء قويّ عليه فأُلغي اعتباره، كما في ملائم الطبع فإنّه قد يعرض له ما يشينه، كالمعشوق الملطّخ وجهه بالعذرة فإنّ عاشقه ينفر عنه مع أنّه كان مشغوفاً به ـ يرجع* إلى الاعتبار. ونحوه قولهم إنّ هذا الجزئي القبيح مندرج تحت كلّي حسن، فكأنّ أحدهما غيّر الآخر. وما نراه من اعتذار الفاعل لذلك فإنّما هو باعتبار لمح أصله الّذي كان عليه.

فالقول بأنّ الحسن والقبح يكونان بالذات وبالوجوه والاعتبارات هو الحسن، ولعلّ مَن قال بوجوبها في الباب وغيره غير المحقّق الثاني والشهيد الثاني أراد أنّها إن قدر عليها ولم يفعلها يكون قد اختار الكذب مع التمكّن من الصدق، لأنّه لا كذب مع التورية، ومَن قال بجوازها واستحبابها قال: إنّ الشارع أوجب عليه الكذب، والأفضل له أن يورّي بأن يكذب ظاهراً وعند الظالم لا واقعاً[1].

وكيف كان، فلاريب في رجحانها في كلّ كذب إذا اُلجئ إليه. وقد فسّرت في «مجمع البرهان[2]» بأن يقصد ما يمكن إطلاق اللفظ عليه بقرينة مجاز إن عرف وعلم، وفسّرت في «كتب اللغة[3]» بأن يكون للّفظ معنيان أحدهما أشيع من الآخر فتنطق وتريد الخفي. ومثّلت في «الروضة[4]» بأن يقول: والله ما استودعت من فلان ويخصّه

* ـ خبر الجواب. (منه ﴿قدّس سرّه﴾)

← صاحب التجريد لا ما هو المشهور بسلطان العلماء الإصفهاني، فلا تغفل.

(١) لايخفى عليك أنّ الأخبار المجوّزة للتقيه وللحلف كاذباً مطلقة بل وبعضها ظاهر في الإطلاق إن لم يكن صريحاً فيه لا سيّما ما ورد في البراءة من عليّ ﴿عليه السلام﴾ عند التقيه أو في تقديم غيره ﴿عليه السلام﴾ عليه، فعليه ما ذهب إليه الشارح وغيره من الرجحان هو الأظهر.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣٠١.

(٣) منها مجمع البحرين: ج ١ ص ٤٣٦ مادة «ورا»، والنهاية لابن الأثير: ج ٥ ص ١٧٧ ـ ١٧٩ مادة «ورا»، والمصباح المنير: ج ٢ ص ٦٥٦ ـ ٦٥٧ مادة «وري».

(٤) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٣٥.

ولو أكرهه على التسليم أو اليمين فسلّم ضمن،

بوقت أو مكان أو جنس ونحوها مغاير لما استودع، فليتأمّل في ذلك. وفي «جامع المقاصد» أنّ العبارة لا تخلو عن مناقشة حيث تقتضي ثبوت الكذب مع التورية، ومعلوم أن لا كذب معها[1] وأنت خبير بأنّ هذا مبنيّ على أنّ المراد بقوله «تجب التورية» أنّها تجب التورية في الحلف كاذباً، والظاهر أنّ الوجوب راجع إلى المقيّد بدون القيد، والقرينة عليه ظاهرة، ثمّ إنّ التورية لا تخلو عن كذب ظاهراً.

[فيما لو أُكره على التسليم أو اليمين فسلّم]

قوله: ﴿ولو أكرهه على التسليم أو اليمين فسلّم ضمن﴾ كما في «جامع المقاصد[2]» لأنّ الإكراه على أحد أمرين ليس إكراهاً على أحدهما بعينه، ومتى سلّم الوديعة مختاراً ضمنها. وهذه القاعدة ممّا لا خلاف فيها إذا كان أحد الأمرين مستحقّاً للمكره وعليه دلّت الأخبار[3] وأمّا إذا لم يكن أحدهما مستحقّاً له ففيه إشكال، كما لو قال له: اقطع هذا أو هذا وإلّا قتلتك، أو: طلّق إحدى زوجتيك وأراد منه التعيين لا قول: إحدى زوجتي طالق كما ذكروا ذلك في بابي القصاص والطلاق[4]. وربّما نفي الخلاف عن تحقّق الإكراه فيما لو خيّره بين فعل تتوقّف صحّته على اختياره وبين تغريم مال. ولعلّ اليمين لمّا كانت واجبة عليه فيما نحن فيه جرت مجرى المستحقّ للمكره، فليتأمل جيّداً.

(١ و٢) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٣٨.

(٣) وسائل الشيعة: ب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان ج ١٦ ص ١٣٤.

(٤) منهم الشهيدالثاني في المسالك: في القصاص ج ١٥ص ٩١، وفي الروضة البهية: في الطلاق ج ٦ ص ٢٠ ـ ٢١، والسيّدعلي في رياض المسائل: في الطلاق ج ١١ ص ٤٤، والعلّامة في القواعد: في القصاص ج ٣ ص ٥٩٠.

ولو أكرهه على التسليم فسلّم لم يضمن به، فإن تمكّن من الدفع وجب، فإن أهمل ضمن، ولا يجب تحمّل الضرر الكثير بالدفع

[فيما لو أُكره على التسليم فقط فسلّم]

قوله: ﴿ولو أكرهه على التسليم فسلّم لم يضمن به﴾ كما تقدّم[١] بيانه، ولعلّ الأولى تركه.

قوله: ﴿فإن تمكّن من الدفع وجب﴾ كما في «الشرائع[٢] والنافع[٣] والتحرير[٤] واللمعة[٥] والمسالك[٦] والروضة[٧] والكفاية[٨]» وغيرها[٩]. وفي «الرياض[١٠]» أنّه لا خلاف فيه لتوقّف الحفظ الواجب عليه، والدفع غير مخصوص بوجه، بل بما أمكن من وسيلة وغيرها ومنه الاختفاء.

قوله: ﴿وإن أهمل ضمن﴾ كما هو صريح أكثر الكتب المتقدّمة[١١] وقضيّة الآخر[١٢].

[فيما لو استلزم حفظها ضرر كثير]

قوله: ﴿ولا يجب تحمّل الضرر الكثير بالدفع﴾ كما في «النافع[١٣]

---

(١) تقدّم في ص ٣٠٢ ـ ٣٠٥.
(٢) شرائع الإسلام: في عقد الوديعة ج ٢ ص ١٦٣.
(٣) المختصر النافع: في الوديعة ص ١٥٠.
(٤) تحرير الأحكام: في الوديعة وأسباب الضمان ج ٣ ص ١٩٢.
(٥) اللمعة الدمشقية: في الوديعة ص ١٥٤.
(٦) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٨٣.
(٧) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٣٣.
(٨) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٢.
(٩) كالحدائق الناضرة: في الوديعة ج ٢١ ص ٤٠٧.
(١٠) رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٦١.
(١١) كما في شرائع الإسلام: في العقد ج ٢ ص ١٦٣، وتحرير الأحكام: في الوديعة وأسباب الضمان ج ٣ ص ١٩٢، ومسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٨٢، وكفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٢.
(١٢) كالمختصر النافع: في الوديعة ص ١٥٠، واللمعة الدمشقية في الوديعة ص ١٥٤، والشهيد الثاني في الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٣٣ ـ ٢٣٤.
(١٣) لم نجده في المختصر النافع.

والتحرير[١]» وغيرهما[٢]. كالجرح وأخذ المال كما في «الشرائع[٣] واللمعة[٤] والكفاية[٥] والمفاتيح[٦]» وقضيّة هذه أنّ مطلق أخذ المال ضرر كثير لا يجب تحمّله وإن جاز. وممّا نفى فيه وجوب بذله المال من نفسه «الروضة[٧]» وأمّا جواز ذلك فواضح، وقد صرّح به في «المسالك[٨] والروضة[٩] والكفاية[١٠]».

وفي «جامع المقاصد» أنّه لا يبعد القول بوجوب مصانعة الظالم بشيء يرجع به على المالك[١١]. وإليه مال شيخنا في «الرياض[١٢]» أو قال به لوجوب الحفظ، ولا يتمّ إلّا به، والضرر يندفع برجوعه على المالك إذا لم يتبرّع به ولم يمكنه استيذانه، والمرجع إلى نيّته وقوله. هذا كلّه إذا لم يستوعبه، وأمّا إذا كان مطلوب الظالم بقدرها مستوعباً لها ولا يندفع إلّا به ففي «المسالك[١٣]» أنّه لا يجب بذله قطعاً لانتفاء الفائدة.

ويبقى الكلام فيما لو بذله بنيّة الرجوع فهل يرجع به جميعه أو يرجع بجزء منه ينقص عنها أو لا يرجع بشيء؟ احتمالات، ولعلّ الأوسط أوسط، إذ الفرض عدم إمكان ما قصر عن الجميع وغير المأذون في المساوي إنّما هو القدر الّذي تنتفي الفائدة معه لا جميع المبذول، على أنّه من البعيد أن يرجع بمقدار ما يقصر عن قدرها بدرهم مثلاً ولا يرجع بشيءٍ أصلاً ممّا يساويها، فتأمّل جيّداً.

---

(١) تحرير الأحكام: في الوديعة وأسباب الضمان ج ٣ ص ١٩٢ ـ ١٩٣.
(٢ و١٢) رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٦١.
(٣) شرائع الإسلام: في عقد الوديعة ج ٢ ص ١٦٣.
(٤) اللمعة الدمشقية: في الوديعة ص ١٥٤.
(٥ و١٠) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٢.
(٦) مفاتيح الشرائع: في الوديعة أمانة لا يضمن إلّا بالتفريط والتعدّي ج ٣ ص ١٦٤.
(٧ و٩) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٣٤.
(٨ و١٣) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٨٣.
(١١) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٣٩.

السادس: الجحود، وهو موجب للضمان

ولو أمكنه الدفع عنها ببعضها فإن لم يستوعبها وجب دفعه إليه من باب المقدّمة، فلو ترك مع القدرة فأخذ الجميع ضمن ما يمكن فيه السلامة لا الجميع، لأنّ مقدار المدفوع ذاهب على التقديرين كما في «المسالك[1] والروضة[2] والكفاية[3] والرياض[4]» واحتمال ضمان الجميع ضعيف، إذ لا وجه له إلّا أنّه فرّط، فكان كما لو فرّط فيها فتلفت بغيره، مع أنّها ذاهبة على التقديرين، مع الفرق بين التقديرين فيما نحن فيه فإنّه في الأوّل بأمر الشارع وبتفريطه في الثاني. وفيه: أنّ التفريط ليس إلّا فيما زاد لحصول اليقين بأخذه الجميع. وبه يظهر الفرق بينه وبين المثال، مضافاً إلى أصل البراءة وأنّه أمين، فليتأمّل.

وأمّا الضرر بغير المال فيختلف باختلاف الأحوال، فربّ رجل تكون الكلمة اليسيرة من الأذى كثيرة في حقّه وكم من رجل ليس كذلك.

[في ما لو جحد المستودع الوديعة]

قوله: ﴿السادس: الجحود، وهو موجب للضمان﴾ كما في «المبسوط[5] والشرائع[6] والتذكرة[7] والتحرير[8] والإرشاد[9] واللمعة[10] وجامع المقاصد[11]

---

(١) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٨٣.
(٢) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٣٤.
(٣) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٢.
(٤) رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٦٢.
(٥) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٣٤ و ١٤٤.
(٦) شرائع الإسلام: في عقد الوديعة ج ٢ ص ١٦٦.
(٧) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٥ س ٢٧.
(٨) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ١٩٩.
(٩) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٧.
(١٠) اللمعة الدمشقية: في الوديعة ص ١٥٥.
(١١) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٣٩.

إن كان مع المالك بعد مطالبته، لا مع مطالبة غيره، وفي سؤال المالك إشكال،

والمسالك[١] والروضة[٢] ومجمع البرهان[٣] والكفاية[٤] والمفاتيح[٥]» تصريحاً في بعضها وظهوراً في بعض وإشارةً في آخر. وفي «المبسوط[٦]» في باب العارية أنّه لا خلاف في ذلك. ووجه إيجابه الضمان أنّه لمّا جحد خان، لأنّه بجحوده يزعم أنّ يده عليها ليست بنائبة عن المالك فلا تكون أمينة.

ومثل جحود الوديعة جحود العارية كما يأتي[٧].

قوله: ﴿إن كان مع المالك بعد مطالبته، لا مع مطالبة غيره﴾ يعتبر في تحقّق الضمان بالجحود اُمور: أن لا يظهر بجحوده عذراً بنسيان ولا غلط ويصدّقه المالك، وأن لا يكون الجحود لمصلحة الوديعة بأن يقصد دفع ظالم للمالك أو نحو ذلك، والثالث أن يكون بعد طلب المالك لها منه، فلو جحدها ابتداءً أو عند سؤال غيره لم يضرّ، لأنّ الوديعة مبنيّة على الإخفاء، فإنكاره لها حينئذٍ أقرب إلى الحفظ.

قوله: ﴿وفي سؤال المالك إشكال﴾ كما في «التحرير[٨]» وكذا «الكفاية[٩]»

---

(١) مسالك الأفهام: في موجبات الضمان ج ٥ ص ١٠٦.
(٢) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٤٨.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣٠٨.
(٤ و ٩) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٦.
(٥) مفاتيح الشرائع: في وجوب ردّ الوديعة مع المطالبة ج ٣ ص ١٦٥.
(٦) المبسوط: في العارية ج ٣ ص ٥٣.
(٧) سيأتي في ص ٤٥٦ ـ ٤٥٧.
(٨) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ١٩٩.

فإن لم يقم بيّنة ولم يعترف فالقول قوله مع يمينه، وإن أُقيمت عليه البيّنة فادّعى الردّ أو التلف من قبل، فإن كانت صيغة جحوده إنكار أصل الوديعة لم يُقبل قوله بغير بيّنة، ولا معها على الأقوى لتناقض كلاميه.

حيث قال: فيه وجهان، من دون ترجيح، ورجحّ في «الإيضاح[1] وجامع المقاصد[2] والمسالك[3]» الضمان، وهو قضيّة كلام الحواشي[4]، وعدمه في «التذكرة[5]».

وجه الأوّل: أنّ جحوده يقتضي كون يده ليست عن المالك، لأنّ نفي الملزوم يقتضي نفي لازمه من حيث إنّه لازمه فلا يكون أميناً عنه فيضمن.

ووجه الثاني: أنّه لم يمسكها لنفسه ولم تقرّ يده عليها بغير رضا المالك حيث لم يطلبها، ومجرّد السؤال لا يبطل الوديعة بخلاف الطلب.

قوله: ﴿فإن لم يقم بيّنة ولم يعترف فالقول قوله أي مع يمينه﴾ كما في «التذكرة[6] واللمعة[7] والروضة[8]» لأصالة البراءة.

قوله: ﴿وإن أُقيمت عليه البيّنة فادّعى الردّ أو التلف من قبل، فإن كانت صيغة جحوده إنكار أصل الوديعة لم يُقبل قوله بغير بيّنة، ولامعها على الأقوى لتناقض كلاميه﴾ كما هو صريح «المبسوط[9] وجامع

---

(١) إيضاح الفوائد: في الوديعة ج ٢ ص ١١٩.

(٢) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٣٩.

(٣) مسالك الأفهام: في موجبات الضمان ج ٥ ص ١٠٦ ـ ١٠٧.

(٤) الحاشية النجّارية: في الوديعة ص ٨٢س ١٠ ـ ١١.

(٥ و٦) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٥ س ٢٨ و٣٢.

(٧) اللمعة الدمشقية: في الوديعة ص ١٥٥.

(٨) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٤٨.

(٩) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٤.

المقاصد[١]» وقضية كلام «الشرائع[٢] واللمعة[٣] والروضة[٤]» لكنّ المصنّف سيستشكل في ذلك عن قريب[٥]. وفي مضاربة «الكتاب[٦] والشرائع[٧] والتذكرة[٨] والتحرير[٩] والمسالك[١٠] والكفاية[١١]» أنّه لو أنكر الوديعة والقراض ثمّ ادّعى التلف بعد الإقرار أو البيّنة ضمن ولم تُقبل دعواه. وفي وكالة «الكتاب[١٢] والتذكرة[١٣] والتحرير[١٤]» وكذا «جامع المقاصد[١٥]» أنّ الوكيل لو أنكر قبض الثمن ثمّ ثبت ببيّنة أو اعتراف فادّعى الردّ أو التلف لم تُسمع بيّنته.

وفصّل في وكالة «الإرشاد» فقال: إن ادّعى تلفاً أو ردّاً قبل الجحود لم يُقبل قوله ولم تُسمع بيّنته، لأنّه أكذب دعواه الجحود، ولو ادّعى الردّ بعد الجحود سُمعت دعواه وبيّنته[١٦]. وهذا له معنيان: أحدهما ـ ولعلّه هو المراد ـ أنّه ادّعى بعد الجحود أنّه قبض وردّ، ولكن ينافيه تعليله بالخيانة، وتمام الكلام[١٧] في الوكالة، والمراد

(١) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٣٩ ـ ٤٠.
(٢) شرائع الإسلام: في عقد الوديعة ج ٢ ص ١٦٦.
(٣) اللمعة الدمشقية: في الوديعة ص ١٥٥.
(٤) الروضة البهية: في الوديعة ص ٢٤٨ ـ ٢٤٩.
(٥) سيأتي في ص ٣١٦ ـ ٣١٩.
(٦) قواعد الأحكام: في القراض ج ٢ ص ٣٤٨.
(٧) شرائع الإسلام: في المضاربة ج ٢ ص ١٤٣.
(٨) تذكرة الفقهاء: في التنازع في القراض ج ٢ ص ٢٤٥ س ٢٦.
(٩) تحرير الأحكام: في أحكام نزاع المضاربة ج ٣ ص ٢٦٩.
(١٠) مسالك الأفهام: في أحكام المضاربة ج ٤ ص ٣٨٨ ـ ٣٨٩.
(١١) كفاية الأحكام: في المضاربة ج ١ ص ٦٣١.
(١٢) قواعد الأحكام: في الوكالة ـ النزاع ـ ج ٢ ص ٣٧٠.
(١٣) تذكرة الفقهاء: في الوكالة ج ٢ ص ١٣٧ س ٣٢.
(١٤) تحرير الأحكام: في الوكالة ج ٣ ص ٤٣. (١٥) جامع المقاصد: في الوكالة ج ٨ ص ٣١٦.
(١٦) إرشاد الأذهان: في الوكالة ج ١ ص ٤٢٠.
(١٧) يأتي في ج ٧ ص ٦٤٩ ـ ٦٥٠ الّذي يكون حسب تجزئتنا الجزء الحادي والعشرين.

هنا أنّ الودعي أقام البيّنة قبل حلفه ومعنى تناقض كلامه أنّه بقوله «ما أودعتني» أنكر أن يكون هناك وديعة تلفت، فإذا شهدت البيّنة بتلفها فقد شهدت له بشيء قد أنكره.

وقال الشهيدان [1]: إن أظهر لإنكاره تأويلاً قبل كأن يقول: ليس لك عندي وديعة يلزمني ردّها أو ضمانها، أو نحو ذلك.

ونقل في «المبسوط [2]» تفصيلاً عن قوم وقال: إنّه قريب، وهو إن شهدت بيّنته بالتلف بعد إنكاره وجحده لم تُسمع، وإن شهدت بأنّها تلفت قبل الإنكار سُمعت، لأنّ الوديعة إلى حين تلفها كانت علي أمانته وطريان الجحود لا يقدح في أمانته، انتهى. واختاره في «التذكرة [3]» وفيه نظر واضح، وقد سمعت ما في «الإرشاد».

وقال أبو عليّ [4] كلاماً حاصله: أنّ دعواه التلف تُسمع من غير بيّنة، فإذا حلف سقط الضمان، لأنّ إنكاره يجوز أن يكون عن سهو ونسيان. وردّه في «المختلف [5]» بأنّه بإنكاره مكذّب لدعواه أي والأصل عدم النسيان، على أنّه لم يدّعه، وإن ادّعاه وكان من التأويل الممكن سُمع.

وقال في «المختلف [6] والتذكرة [7]»: نعم لو طلب إحلاف الغريم كان له. ونظر فيه في «جامع المقاصد [8]» بأنّ المقتضي لمنع سماع بيّنته هو تكذيبه لدعواه وهو قائم، فلا تتوجّه اليمين، وهو كلامٌ متين، وهو أحد وجهي الشافعية [9]، إلّا أن يقال [10]: لعلّ الغريم يقرّ فينتفع وإقرار الغريم ينفعه وإن كانت بيّنته ـ أي المستودع ـ لا بنفسه،

---

(١) اللمعة الدمشقية: في الوديعة ص ١٥٥، والروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٤٨.

(٢) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٤ ـ ١٤٥.

(٣ و٧) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٥ س ٣٧ ـ ٣٨ و٣٤ ـ ٣٥.

(٤ ـ ٦) نقله عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الوديعة ج ٦ ص ٦٨.

(٨ و١٠) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤٠.

(٩) المجموع: في الوديعة ج ١٤ ص ١٩٦.

وإن كانت صيغة الجحود: لا يلزمني شيء قبِل قوله في الردّ والتلف مع البيّنة، وبدونها في الأخير، وفي الأوّل على رأي.

لأنّ الغريم إذا رجع عن التكذيب سمع، وليعلم أنّه حيث يدّعي التلف يصدّق كالغاصب ويكون ضامناً مثله.

قوله: ﴿وإن كانت صيغة الجحود: لا يلزمني شيء قبِل قوله في الردّ والتلف مع البيّنة، وبدونها في الأخير، وفي الأوّل على رأي﴾ هذه الصيغة لا تنافي حصول الإيداع بخلاف الاُولى فتقبل بيّنته على الردّ أو التلف بلا خلاف على الظاهر وتثبت بيمينه دعواه التلف، لأنّه أمين، ولا يناقض قوله البيّنة لإمكان تلفها بغير تفريط فلا تكون مستحقّة عنده. وهو الّذي عناه بقوله «في الأخير» ولا فرق بين أن يكون التلف بأمرٍ ظاهر أو خفيّ عند علمائنا كما في «التذكرة[١]» وعليه الإجماع في «مجمع البرهان[٢]» والمخالف الشيخ في «المبسوط[٣]» ففصّل، والصدوق[٤] في «المقنع» فقدّم قوله من دون يمين، كما يأتي بيان ذلك كلّه[٥] إن شاءالله تعالى.

وهل تثبت دعواه الردّ بيمينه؟ وهو الّذي عناه بقوله «في الأوّل» لا أجد فيه خلافاً أي ثبوتها به بعد التتبّع في المسألة وفيما يأتي وإن حكاه ـ أي الخلاف ـ في «جامع المقاصد[٦]» بل حكى جماعة الإجماع عليه والشهرة آخرون فيما يأتي[٧]،

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٦ س ٢٣.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣٠٨.
(٣) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤١.
(٤) المقنع: في الوديعة ص ٣٨٦.
(٥ و٧) سيأتي في ص ٣٤٤ ـ ٣٥١.
(٦) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤٠ ـ ٤١.

أعني ما إذا ادّعى المستودع الردّ وأنكر المالك، وإنّما استشكل فيها المصنّف في «الكتاب والتذكرة[١]» كما يأتي، مع أنّه في «التذكرة» جزم به، بل فيما نحن فيه، وقد حكيت الشهرة عليه فيما نحن فيه في «الإيضاح[٢] والحواشي[٣]» واختاره فيهما وحكياه عن «المبسوط» وهو خيرة «التذكرة[٤] وجامع المقاصد[٥]» وقضيّة كلام «اللمعة[٦] والروضة[٧]».

والحاصل: أنّه لا فرق بين مسألتنا وبين ما إذا ادّعى المستودع ردّ الوديعة وأنكر المالك والإجماعات المؤيّدة بتطابق الفتاوى والشهرات والأخبار الناهية عن رمي الأمين بالتهمة، وأنّه محسن لا سبيل عليه، والضمان سبيل، وأنّ المالك يجعله بدعواه مفرطاً بل متعدّياً، والأصل عدمه، تخصّص الأصل وعموم الخبر المشهور «البيّنة على المدّعي»[٨] على أنّ الأصل معارض بأصل عدم التعدّي وأصل براءة الذمّة من الضمان وأصل بقاء الأمانة.

وهذا إذا ادّعى ردّها على مَن ائتمنه أو وكيله، أمّا لو ادّعاه على الوارث فكغيره من الاُمناء يكلّف بالبيّنة، لأصالة عدمه، وهو لم يأتمنه. وقد نفى في ذلك كلّه الخلاف بعضهم[٩] وتمام الكلام يأتي[١٠] عند تعرّض المصنّف له.

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٦ س ٢٩.

(٢) إيضاح الفوائد: في أحكام الوديعة ج ٢ ص ١٢٠.

(٣) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٥ س ٣٩.

(٥) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤١.

(٦) اللمعة الدمشقية: في الوديعة ص ١٥٥.

(٧) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٤٨.

(٨) وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ٢ ج ١٨ ص ١٧٠.

(٩) كصاحب رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٦٩ ـ ١٧٠.

(١٠) يأتي في ص ٣٤٤ ـ ٣٥١.

ولو أقرّ ربّها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان، وفي سماع بيّنته بذلك إشكال. نعم تُقبل لو شهدت بالإقرار.

قوله: ﴿ولو أقرّ ربّها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان﴾ الظاهر كما قال في «جامع المقاصد[1]»: إنّ هذا من تتمّة أحكام الشقّ الأوّل ـ أعني الصيغة الأُولى ـ بدليل ما يأتي من تردّده في سماع البيّنة، وفي الصيغة الثانية لا يتأتّى ذلك، وإنّما قيّد الإقرار بكون التلف قبل الجحود، لأنّه بدون ذلك لا يسقط الدعوى، لأنّ التلف بعده يقتضي الضمان، وكذا التقييد بكونها في الحرز.

قوله: ﴿وفي سماع بيّنته بذلك إشكال﴾ في «الإيضاح[2] وجامع المقاصد[3]» ما حاصله: أنّه إن كان المشار إليه بذلك الإقرار حتّى يكون المعنى أنّه لو ادّعى إقرار المالك بالتلف من الحرز قبل الجحود وأقام بذلك بيّنة على الإقرار ففي سماعها إشكال، فيكون منشأ الإشكال من أنّه لا تُسمع بيّنته بالتلف فلا تُسمع بالإقرار به مع أنّه أضعف من البيّنة، ومن أنّ إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، فكان موجباً لزوال الضمان، ولم ينكر المستودع الإقرار أوّلاً.

لكنّ ذلك ينافي منافاة صريحة قوله بعد ذلك متّصلاً به: ﴿نعم تقبل لو شهدت بالإقرار﴾ كما في «جامع المقاصد[4]». وفي «الإيضاح[5]» أنّه ينافي ذلك ظاهراً، فوجب أن يكون المشار إليه بذلك هو التلف، فيكون تكريراً للمسألة المتقدّمة في قوله «ولا معها على الأقوى لتناقض كلاميه» وإنّما كرّرها لأنّه أوّلاً قد قوّى عدم السماع ثمّ تغيّر اجتهاده فاستشكلها هنا، لأنّ البيّنة حجّة يثبت بها عند جحود الخصم ما يثبت باعترافه، ومن أنّ سماعها فرع سماع الدعوى، وهي

(١ و٣ و٤) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤١.

(٢ و٥) إيضاح الفوائد: في أحكام الوديعة ج ٢ ص ١٢٠.

الفصل الثالث: في الأحكام

يجب على المستودع حفظ الوديعة بمجرى العادة كالثوب في الصندوق والدابّة في الاصطبل والشاة في المراح.

غير مسموعة لتكذيب المدّعي إيّاها.

وزاد في «جامع المقاصد[1]» وجهاً آخر في تكريرها، وهو الفرق بين الإقرار والبيّنة، حيث إنّ الإقرار يمضي وإن كذّبه المقرّ له إذا رجع إلى التصديق لما سيأتي في الإقرار إن شاءالله تعالى.

وقال في «جامع المقاصد»: والأصحّ عدم سماع البيّنة، لأنّها كاذبة باعتراف المدّعي فلا تكون حجّة على المدّعى عليه وما ذكره في الإقرار متّجه وإن كان يرد عليه أنّ دعوى الإقرار ينبغي أن لا تسمع أيضاً للتكذيب[2]. وهذا تحقيق رشيق وإن كان فيما يرد على الإقرار تأمّل. ولم يزد الشهيد[3] على أن بيّن الإشكال بنحو ما ذكر.

﴿الفصل الثالث: في الأحكام﴾

[في أنّ حفظ الوديعة إنّما هو على نحو المعمول]

قوله: ﴿يجب على المستودع حفظ الوديعة بمجرى العادة كالثوب في الصندوق والدابّة في الاصطبل والشاة في المراح﴾ كما في «الشرائع[4] والنافع[5] والإرشاد[6] واللمعة[7] وجامع المقاصد[8]

(١ و٢ و٨) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤٢.

(٣) الحاشية النجّارية: في الوديعة ص ٨٢ س ١٥.

(٤) شرائع الإسلام: في عقد الوديعة ج ٢ ص ١٦٣.

(٥) المختصر النافع: في الوديعة ص ١٥٠.

(٦) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٧.

(٧) اللمعة الدمشقية: في الوديعة ص ١٥٤.

والمسالك[١] والروضة[٢] ومجمع البرهان[٣] والكفاية[٤]» وعلّل في الخمسة المتأخّرة بأنّ الشارع لم يحدّ لها حدّاً فيرجع إلى العادة في الحفظ لمثل تلك الوديعة. وهو معنى قوله في «المبسوط[٥] والتذكرة[٦]» يلزمه أن يحفظها في حرز مثلها، ولم يتعرّض لذلك في التحرير. ونعمَ ما قاله قدماء أصحابنا كالمفيد في «المقنعة[٧]» والشيخ في «النهاية[٨]» وأبو المكارم في «الغنية[٩]» وابن إدريس في «السرائر[١٠]» قالوا: يجب عليه حفظها بعد القبول كما يحفظ ماله. ومعناه أنّ ضابطه أن لا يكون عرفاً مقصّراً في حفظها، ومعياره أن تكون كماله، ويرشد إليه قولهم عليهم السلام في اللقطة: اجعلها في عرض مالك[١١].

ولعلّه أسدّ، إذ قضيّة كلام المتأخّرين أنّه يجب عليه حفظها بما جرت به العادة، فالدابّة في الاصطبل والدراهم في الصندوق مثلاً، وأنّه لا فرق في وجوب الحفظ كذلك بين علم المودع بأنّ المستودع قادر على تحصيل الحرز وعدمه، فلو أودعه دابّة مع علمه أنّه لا اصطبل له أو دراهم مع علمه أنّه لا صندوق له ونحو ذلك لم يكن عذراً. وقد صرّح بذلك في «المسالك[١٢] والروضة[١٣] والرياض[١٤]». ويلزم من

(١ و١٢) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٨٦ و٨٧.
(٢ و١٣) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٣٩.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٢٧٩.
(٤) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٣.
(٥) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٠.
(٦) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٥ س ١٠.
(٧) المقنعة: في الوديعة ص ٦٢٦.
(٨) النهاية: في الوديعة والعارية ص ٤٣٧.
(٩) غنية النزوع: في الوديعة ص ٢٨٣.
(١٠) السرائر: في الوديعة ج ٢ ص ٤٣٥.
(١١) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ٣ ج ١٧ ص ٣٥٠.
(١٤) رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٤٧.

ذلك أنّه يلزمه أن يبني لها اصطبلاً أو يضعها في اصطبل جاره ويقيم عندها في ليله ونهاره، وإلّا ضمنها، وعلى ضابط القدماء لا يجب عليه تحصيل الاصطبل والصندوق، بل يحفظها كما يحفظ فرسه ودراهمه من أنواع الحفظ.

وقد فرّع أيضاً في «التذكرة[1] والمسالك[2] والروضة[3]» أنّه لابدّ من كون الحرز محرزاً عن غيره بأن لا يدخل إلى البيت غيره وأن لا يشاركه في البيت الّذي فيه الصندوق يدٌ اُخرى، لعدم اعتبار مثله في الحفظ عادةً. وقضيّة كلام المتقدّمين أنّ المعتبر إحرازه عمّن يخاف منه فقط لا عن الزوجة والولد والوالد إذا كانوا اُمناء كما استمرّت عليه السيرة من العلماء وغيرهم، وإلّا لما صحّ له أن يبارح قعر بيته ساعة ولا أقلّ من ذلك، مع أنّه محتاج إلى تحصيل المعاش والخروج للصلاة وغيرها، بل قد نقول: إنّ العادة قاضية بذلك، وبه قطع في «الرياض[4]» واستظهره في «مجمع البرهان[5]».

ومنه يُعلم صحّة ما قلناه فيما مرّ[6] من أنّه يصحّ تسليم الدابّة للعبد والصاحب وإخراجها للسقي وتسليمها للراعي ونحو ذلك وإن كان ظاهر كلامهم خلافه.

وقد يكون المراد من ضابط المتأخّرين ما أراده المتقدّمون لولا تلك التفريعات، وبالعكس يشتدّ الخطب ويعظم الأمر.

وزاد الشهيد الثاني[7] أنّه لابدّ من كون الصندوق مقفلاً مع كونه في بيتٍ محرز عن الغير ومن كون الاصطبل مضبوطاً بالغلق والشاة في المراح كذلك أو محفوظاً

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٠ س ١.
(٢ و٧) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٨٧.
(٣) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٣٩.
(٤) رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٤٧.
(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٢٨٠.
(٦) تقدّم في ص ٢٧٦ ـ ٢٧٩.

ويجب عليه ردّها متى طلب المالك

بنظر المستودع، لأنّ هذه الثلاثة ممّا جرت العادة بكونها حرزاً لما ذكر. وقال: وقد تفتقر إلى أمرٍ آخر ككون الصندوق كبيراً لا ينتقل عادةً بحيث يمكن سرقته كذلك مقفلاً. وهكذا القول في الاصطبل والمراح. وقال: وقد يقوم غيرها مقامها عادةً كوضع الدابّة في بيت السكنى والشاة في داره ونحو ذلك. قلت: وهذا الّذي أراده المحقّق [1] بقوله: أو ما يجري مجرى ذلك. وفي «مجمع البرهان [2]» أنّ في بعض الأمثلة تأمّلاً، إذ الدراهم والثياب لا تُحفظان دائما في الصندوق.

[في وجوب ردّ الوديعة عند طلب المالك]

قوله: ﴿ويجب ردّها متى طلب المالك﴾ للكتاب والسنّة والإجماع كما في «المفاتيح [3]» وبلا خلاف كما في «الرياض [4]» وهو كذلك. وفي «التذكرة [5] والمسالك [6] والروضة [7] والكفاية [8]» أنّه يجب عليه ردّها في أوّل أوقات الإمكان. وبالفوريّة أيضاً صرّح في «التنقيح [9] وإيضاح النافع» وغيرهما [10]. وفي «مجمع البرهان [11]» كأنّه إجماع.

---

(١) شرائع الإسلام: في عقد الوديعة ج ٢ ص ١٦٣.
(٢ و١١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٢٨٠ و٣٤٢.
(٣) مفاتيح الشرائع: في وجوب ردّ الوديعة ج ٣ ص ١٦٥.
(٤) رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٦٢.
(٥) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٥ س ٤٢.
(٦) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩٧.
(٧) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٤١.
(٨) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٤.
(٩) التنقيح الرائع: في الوديعة ج ٢ ص ٢٤٢.
(١٠) كالحدائق الناضرة: في الوديعة ج ٢١ ص ٤٢٦.

وإن كان كافراً،

والوجه فيه القاعدة المقرّرة من وجوب الاقتصار في وضع اليد على مال الغير على القدر المتحقّق معه إذنه، والمطالبة بالردّ تقتضي انقطاعه، فلا يجوز له التصرّف زيادةً على ما يتحقّق به الردّ. نعم إذا انضمّ إلى المطالبة ما يدلّ على التوسعة من عرفٍ أو عادةٍ فلا فوريّة في الوجوب.

وهل يجوز له التأخير للإشهاد مطلقاً أو لا كذلك، أو إن كان وقت الدفع أشهد عليه فالأوّل وإلّا فالثاني؟ أقوال واحتمالات اختار ثالثها في «التذكرة[١]» واستجوده في «المسالك[٢]». وفي «الكفاية[٣]» أنّ الأوّل لا يخلو عن قوّة دفعاً للضرر والتهمة. وهو خيرة وكالة «التذكرة[٤]» لكن تجب المبادرة إلى الإشهاد، والثاني أحد وجهي الشافعيّة[٥] لأنّ قوله في الردّ مقبول.

والمراد بردّها رفع يده عنها والتخلية بينه وبينها كما في «التذكرة[٦] والمسالك[٧] والروضة[٨]» وما يأتي في «جامع المقاصد[٩]» وليس عليه تحمّل مؤنتها كما صرّح به في الأوّل.

قوله: ﴿وإن كان كافراً﴾ هذا هو المشهور، وقد أطلق الأصحاب ذلك كما في «المختلف[١٠]» والمشهور كما في «جامع المقاصد[١١] والمسالك[١٢]» ولا نعلم

(١ و٦) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٦ و٢٠٥ س ٦ و٤٢ ـ ٤٣.
(٢ و٧ و١٢) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩٨ و٩٧.
(٣) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٤.
(٤) تذكرة الفقهاء: في الوكالة ج ٢ ص ١٤٠ س ١٠ وما بعده.
(٥) مغني المحتاج: في الوكالة ج ٢ ص ٢٣٦.
(٨) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٤١.
(٩ و١١) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤٣ ـ ٤٤.
(١٠) مختلف الشيعة: في الوديعة ج ٦ ص ٧٠.

فيه مخالفاً غير الحلبي كما في «المسالك[١]» أيضاً والأشهر كما في «الكفاية[٢]». وفي «الرياض[٣]» أنّ قول الحلبي شاذّ.

والحجّة عليه بعد الإجماع على الظاهر إطلاق النصوص والفتاوى، وروى الفضل[٤] عن الرضاعليه‌السلام قال: سألته عن رجل استودع رجلاً من مواليك مالاً له قيمة، والرجل الّذي عليه المال رجل من العرب يقدر أن لا يعطيه شيئاً، والمودع رجل خارجي شيطان فلم أدع شيئاً. فقال: قل له يردّ عليه فإنّه ائتمنه بأمانة الله.

---

(١) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩٨.

(٢) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٤.

(٣) رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٦٣.

(٤) الظاهر أنّه محمّدبن القاسم وهو محمّدبن القاسم بن الفضيل بن يسار النهدي البصري كما في التهذيب والكافي والوسائل نقلاً عن الكافي الّذي وثّقه القوم، وهو الّذي يروي عن الكاظم والرضا وقد يروي عن أبي جعفر الثانيعليهم‌السلام، وقد يسمّىٰ بمحمّد بن الفضيل أو ابن الفضيل، فراجع.

وأمّا روايته هذه فالظاهر بل الأظهر أنّها مروية عن الرضاعليه‌السلام وذلك لأنّ كثرة مصاحبته للرضاعليه‌السلام مشهورة بحيث يعرف بصاحب الرضا، فإذا اُطلق الخبر عن أبي الحسن فالمشهور المعروف من هذه الكنية هو الرضاعليه‌السلام، وإذا اُريد غيره فيقيّد بموسىٰ أو بالأوّل أو تفسيره بيعني موسىٰ كما صنعه في الكافي وغيره. إن قلت: إنّ التقييد والتفسير وقع في رواية التهذيب: ج ٦ ص ٣٥١، والكافي: ج ٥ ص ١٣٣ وهذا كافٍ في رفع الإبهام. قلت: قد وقع لفظ أبي الحسن في سند هذا الحديث أيضاً في التهذيب: ج ٧ ص ١٨١، والاستبصار: ج ٣ ص ١٢٣ مجرّداً عن أيّ تفسير، مضافاً إلى أنّ المذكور في الكافي: يعني موسى، كما في الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٣ والحال أنّ المذكور في ج ٦ ص ٣٥١ من التهذيب: موسى، مجرّداً عن كلمة «يعني» وهذا الاختلاف ينبئ عن أنّ التفسير أو التقييد المذكور إنّما صدر عن الناسخين لا عن الراوي عن الإمام، فراجع.

وأمّا ما في التهذيب وغيره كما في المسالك: ج ٥ ص ٩٨، والتنقيح: ج ٢ ص ٢٤٢ وغيرهما من نقلها عن الفضيل فهو ممّا يقطع بفساده، لأنّ الفضيل المراد به فضيل بن يسار ظاهراً مات في حياة أبي عبدالله الصادقعليه‌السلام ولم يصل إلى زمان الكاظم أو الرضا، مضافاً إلى أنّ محمّد بن القاسم لم يرو عمّن يسمّىٰ بالفضيل، كما أنّ ما في الشرح من نقلها عن الفضل أيضاً فاسد لعين ما تقدّم آنفاً. فراجع الكافي: ج ٥ ص ١٣٣، والتهذيب: ج ٧ ص ١٨١، وج ٦ ص ٣٥١، والاستبصار: ج ٣ ص ١٢٣، والوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٣.

فإن أخّر لغير عذرٍ ضمن، ومعه لا ضمان.

وقد استدلّ على الحكم به في «جامع المقاصد[١]» وغيره[٢]. ومثله رواية حريز[٣] في ردّ وديعة قاتل أميرالمؤمنين عليه‌السلام. وتمام الكلام مستوفى في باب القضاء[٤].

وعن أبي الصلاح[٥] أنّه إن كان المستودع حربيّاً وجب على المستودع أن يحمل ما أودعه إلى سلطان الإسلام العادل واستحسنه في «التنقيح[٦]». ولا تنافيه رواية الفضل، لأنّ الخارجي مظهر كلمة الإسلام حرام المال إلّا وقت الحرب، ولاكذلك الحربي وقد يظهر من «المختلف[٧]» أنّه استدلّوا بها على ردّ الحلبي.

[في ضمان المستودع لو أخّر ردّ الوديعة]

قوله: ﴿فإن أخّر لغير عذرٍ ضمن، ومعه لا ضمان﴾ كما صرّحت به كلمات أكثرهم[٨]. وهي صريحة في أنّ المراد بالتأخير مطلق التأخير ولو كان قليلاً عملاً بالقاعدة، وليس كتأخير الشفعة عرفيّاً. والعذر العقلي

---

(١) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤٢.

(٢) كمسالك الأفهام: في الوديعة ج ٥ ص ٩٨.

(٣) لم نظفر في كتب الحديث على رواية حريز يروي فيها قصّة ردّ وديعة قاتل عليّ عليه‌السلام. نعم رواها عمّار بن مروان، فراجع الكافي: ج ٥ ص ١٣٣ ح ٥، والتهذيب: ج ٦ ص ٣٥١، والوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٣.

(٤) سيأتي في ج ١٠ ص ١٣٠ ـ ١٣١ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السادس والعشرين.

(٥) الكافي في الفقه: في الوديعة ص ٢٣١.

(٦) التنقيح الرائع: في الوديعة ج ٢ ص ٢٤٢ ـ ٢٤٣.

(٧) مختلف الشيعة: في الوديعة ج ٦ ص ٧٠.

(٨) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤٣، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩٨، والفاضل المقداد في التنقيح الرائع: في الوديعة ج ٢ ص ٢٤٢.

وليس استتمام غرض النفس ـ كمن كان في حمّامٍ أو على طعامٍ ـ عذراً.

واضح، والعذر الشرعي كإكمال الصلاة وإن كانت نافلة كما في «الروضة[1]» لكنّ صريح «التذكرة[2]» في آخر كلامه وقضيّة كلام «جامع المقاصد[3]» أنّه يقطع النافلة. وأمّا العذر العادي كانتظار المطر المانع ونحوه فقضيّة كلام «التذكرة[4]» أو صريحها أنّه ليس عذراً، وخالف في ذلك في «الروضة[5] والمسالك[6]» وستسمع ما في «التحرير».

قوله: ﴿وليس استتمام غرض النفس ـ كمن كان في حمّامٍ أو على طعام ـ عذراً﴾ كما في «التذكرة[7] وجامع المقاصد[8]» وعدّها في «التحرير[9]» أعذاراً وزاد الإمهال ليهتضم الطعام وفي «المسالك[10] والروضة[11] والكفاية[12]» فيه وجهان. وحكم في موضع من وكالة «التذكرة[13]» بأنّ هذه أعذار، ووافقه على ذلك يحيى بن سعيد في وكالة «الجامع[14]» والمحقّق الثاني في وكالة

(١ و٥ و١١) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٤٢.

(٢ و٤) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٦ س ٢ ـ ٤.

(٣ و٨) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤٣.

(٦ و١٠) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩٧.

(٧) كلام التذكرة هنا مضطرب، فصدره يدلّ على أنّ المذكورات عذر وذيله صرّح بالتفصيل بين ما إذا كان التأخير لتعذّر الوصول إلى الوديعة فلا ضمان وما إذا كان لعسر يلحقه وغرض يفوته أو في صلاة نفل فالأقرب أنّه يضمن إلى آخر كلامه، فراجع التذكرة: ج ٢ ص ٢٠٦.

(٩) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ٢٠١.

(١٢) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٤.

(١٣) تذكرة الفقهاء: في الوكالة ج ٢ ص ١٤٠ س ١٠ ـ ١١.

(١٤) الجامع للشرائع: في الوكالة ص ٣٢٣.

ولو قال: ردّ على وكيلي فطلب الوكيل فامتنع ضمن، ولو لم يطلب وتمكّن من الردّ ففي الضمان إشكال،

«جامع المقاصد[1]» والشهيد الثاني في «المسالك[2] والروضة[3]» وينبغي أن يكون هنا أولى، إذ هو الموافق لشرعيّة الوديعة.

قوله: ﴿ولو قال: ردّ على وكيلي فطلب الوكيل فامتنع ضمن﴾ كما في «التحرير[4] والتذكرة[5]» لأنّ حكمه حكم ما لو طلب المالك فلم يردّ، إلّا أنّه له هنا التأخير حتّى يشهد على الوكيل، لأنّ الوكيل لو أنكر الدفع سقط بيمينه. وذلك يستلزم ضرر المستودع بالغرم على أحد الأقوال في المسألة، إذ لعلّ الخصومة تكون عند مجتهد يرى ذلك ومعنى الردّ ما سبق من رفع اليد والتخلية.

هذا ولو صدّق مدّعي الوكالة فإنّ له أن يمتنع كما نصّ عليه جماعة[6]، لأنّه تصديق في حقّ الغير. نعم يجوز له تسليمها إليه ويضمن إن أنكر المالك، ولا كذلك الدَين فإنّ الأجود أنّه يجب عليه التسليم.

[فيما لو تمكن من ردّها من دون طلب المالك]

قوله: ﴿ولو لم يطلب وتمكّن من الردّ ففي الضمان إشكال﴾ وفي «التحرير[7]» قرّب الضمان على إشكال. ونحوه ما في «التذكرة[8]» واستوجه في

---

(١) جامع المقاصد: في الوكالة ج ٨ ص ٢٦٢.
(٢) مسالك الأفهام: في أحكام الوكالة ج ٥ ص ٢٩٠.
(٣) الروضة البهية: في الوكالة ج ٤ ص ٣٨٣. (٤ و٧) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ٢٠١.
(٥ و٨) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٦ س ١٢ ــ ١٦.
(٦) منهم العلّامة في التذكرة: في القرض ج ٢ ص ١٠ س ٢٣، وفي الوكالة ص ١٣٩ س ١٩، والشهيد الثاني في الروضة: في الوكالة ج ٤ ص ٣٨١، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الوكالة ج ٨ ص ٢٩٧.

«الإيضاح[١] وجامع المقاصد[٢]» الضمان.

وينبغي تحرير معنى الردّ في قوله «وتمكّن من الردّ» لا جائز أن يكون بمعنى الحمل، لأنّه لا يذهب إليه ولا يجب عليه الضمان إن لم يحملها إليه، فلا وجه لجعله أحد وجهي الإشكال في «الإيضاح[٣]» ولا أن يكون بمعنى التخلية، لأنّه قال في «جامع المقاصد» لأنّه لا معنى للإشكال حينئذٍ في الضمان بل يجب القول بالضمان قطعاً[٤].

قلت: القطع ليس في محلّه، والإشكال متّجه ينشأ من عدم طلب الوكيل والمفروض علمه بذلك، ولا تجب عليه التخلية إلّا عند الطلب كما هو قاعدة الوديعة، وأمر المالك لم يتضمّن طلب الوكيل، ومن أنّ المالك أمر بالتخلية بينها وبين الوكيل فلم يفعل فكأنّه قد انعزل، أو أنّ الأمر تضمّن الطلب.

وفيه: أنّ التخلية معناها لغةً الترك كما في «الصحاح[٥] والقاموس[٦]» وعرفاً رفع المانع ورفع يده كما طفحت به عباراتهم[٧] في باب القبض، وزاد في «المسالك[٨]» الإذن فيه، وكلّ ذلك لا يتحقّق في الوديعة إلّا عند الطلب، وإلّا لزم أن يلقيها في مضيعةٍ أو يحملها إليه أو يذهب إليه ويقول له: هلّم فخذ وديعة موكّلك، ولا شيء منهما بواجب عليه للأصل وغيره.

وإن كان المراد من الردّ الإعلام إذا لم يكن قد علم بمعنى: أعلم وكيلي بأنّي

(١ و٣) إيضاح الفوائد: في أحكام الوديعة ج ٢ ص ١٢١.
(٢ و٤) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤٣ ـ ٤٤.
(٥) الصحاح: ج ٦ ص ٢٣٣٢ مادة «خلا».
(٦) القاموس: ج ٤ ص ٣٢٥ مادة «خلا».
(٧) كما في الدروس الشرعية: البيع في القبض ج ٣ ص ٢١٣، وجامع المقاصد: البيع في التسليم ج ٤ ص ٣٨٩، ورياض المسائل: في القبض ج ٨ ص ٢٣٧.
(٨) مسالك الأفهام: في البيع في التسليم ج ٣ ص ٢٣٩.

أمرتك بأن تدفعها إليه، وأن تظهر التخلية بينها وبينه. وبعبارة أُخرى: كأن يقال: أراد خلّ بينها وبينه، والتخلية لا تكون إلّا بإعلامه، فرجع بالأخرة إلى إرادة الإعلام باللازم، فيكون الردّ بمعنى التخلية المستلزمة للإعلام. ولعلّه أقرب إلى اللفظ، وهو مبنيّ على أنّ الأمر يستلزم العزل وأنّها تصير في يده أمانة شرعية كالثوب يصيّره الريح في داره كما يرشد إليه آخر كلامه.

وإلى هذا المعنى أشار في «الإيضاح[1]» قال: قال المصنّف في منشأ الإشكال: إنّه لمّا أمره بالدفع إلى وكيله فكأنّه عزله، فيصير ما في يده كالأمانات الشرعيّة كالثوب تطيّره الريح إلى داره، وفيه وجهان، أحدهما أن تمتدّ الأمانة إلى المطالبة، وأظهرهما أن تنتهي بالتمكّن من الردّ، فمبنى هذا على أنّ الأمر بالردّ على الوكيل هل هو عزل أو طلب فينزّل بمنزلة قوله أعطني؟ انتهى. وهو حاصل ما في «التذكرة[2]» ولا يخفى ما في كلامه من التعبير بالدفع والفرق بين العزل والطلب، وقد تقدّم[3] أنّ الطلب يقضي بانقطاع الإذن، وهذا لم يذكر في «التذكرة» فتأمّل.

وقال في «جامع المقاصد»: إن كان المراد بالردّ وجوب الإعلام لو لم يكن قد علم بأمر المالك فهو محتمل، وليس ببعيد القول بوجوب ذلك، لأنّ الأمر يتضمّن العزل، وعلى هذا يكون منشأ الإشكال من التردّد في المعزول عن الوديعة هل هو مأمور بالردّ على الفور أو وقت المطالبة؟ كما في الثوب الّذي أطارته الريح ـ إلى أن قال: ـ والمعتمد الضمان، لأنّ إثبات اليد على مال الغير موقوف على الإذن، إلّا فيما اقتضته الضرورة، وهو ما قبل التمكّن من الإعلام والتخلية، وهذا كلّه إذا لم تدلّ القرينة على عدم العزل[4]، انتهى. فقد نفى البُعد عن وجوب الإعلام وجزم بأنّ الأمر يتضمّن العزل، وكلاهما في محلّ التأمّل. ثمّ إنّ المعزول عن الوديعة ومَن

---

(١) إيضاح الفوائد: في أحكام الوديعة ج ٢ ص ١٢١.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٦ س ١٦ ـ ١٧.

(٣) تقدّم في ص ٣٢٣.

(٤) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤٣ ـ ٤٤.

وكذا كلّ أمانة كالثوب تصيّره الريح في داره، فإن ردّ على الوكيل ولم يشهد فلا ضمان لو أنكر، بخلاف التقصير في ترك الإشهاد على قضاء الدَين، لأنّ مبنى الوديعة على الإخفاء.

أطارت الريح الثوب إلى داره لا يجب عليه إلّا التخلية في الأوّل إذا كان هو العازل له والإعلام في الثاني إن لم يعلم كما تقدّم[1] ويأتي.

وقال الشهيد[2]: يرجع إلى قرائن الأحوال في تعجيل الردّ، فإن دلّ اللفظ على الاتّصال مطلقاً من دون تأخير ضمن، وإلّا توقّف على الطلب حسب، وقد بيّن وجها الإشكال في الكتب الثلاثة في أوّل كلامهم بوجوه مختلفة فليقف عليها من أرادها.

وكيف كان، فالظاهر عدم الضمان بأيّ معنى فسّر الردّ، وكأنّ كلامهم غير محرّر لمنافاته لكلامهم الآخر في مواضع اُخر فيما مضى[3] ويأتي[4].

قوله: ﴿وكذا كلّ أمانة كالثوب تصيّره الريح في داره﴾ أي يجيء ذلك الإشكال السابق في الضمان إذا تمكّن من الردّ فلم يردّ. قال في «جامع المقاصد[5]» ونِعمَ ما قال: هذا إذا كان المراد من الردّ إعلام المالك والتخلية بينه وبينه رجوع عمّا سبق من الجزم إلى التردّد، وإن كان المراد حملها إليه ففيه ما سبق من الإشكال، فإنّ إيجاب ذلك بعيد.

[فيما لو ردّ الوديعة على الوكيل ولم يشهد]

قوله: ﴿فإن ردّ على الوكيل ولم يشهد فلاضمان لو أنكر، بخلاف

---

(١) تقدّم في ص ٣٢٣ و٣٢٨ ـ ٣٢٩.

(٢) لم نعثر عليه في كتب الشهيد، فراجع.

(٣) تقدّم في ص ٢١٦.

(٤) سيأتي في ص ٣٢٩ ما يدلّ على أنّ الردّ هو إيصالها إلى المالك أو إلى وكيله.

(٥) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤٤.

التقصير في ترك الإشهاد على قضاء الدَين، لأنّ مبنى الوديعة على الإخفاء﴾ هذا التفصيل خيرة «المبسوط[١] والتذكرة[٢] والتحرير[٣]» ووكالة «الشرائع[٤]» على تردّد في الأخير. وحكى في «المسالك[٥] والكفاية[٦]» القول بوجوب الإشهاد فيهما ـ أي الدَين والوديعة ـ فإن فعل ولم يشهد فأنكر المدفوع ضمن. وهذا لم نجده لأحد من أصحابنا في الباب ولا باب الوكالة ولا الضمان ولا الرهن. وحكى[٧] فيهما أيضاً القول بأنّه لا يجب الإشهاد فيهما. وقد مال إلى هذا في «المختلف[٨]» أو قال به. وهو خيرة وكالة «مجمع البرهان[٩]» وستسمع ما نحكيه من كلامهم في باب الرهن. وقد نصّ في «الشرائع[١٠]» ووكالة «الإرشاد[١١] والكتاب[١٢] واللمعة[١٣] وجامع المقاصد[١٤] والروضة[١٥] ومجمع البرهان[١٦]»

---

(١) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٦ س ١٩ ـ ٢١.

(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ٢٠١.

(٤) شرائع الإسلام: في الوكالة ج ٢ ص ٢٠٤.

(٥) مسالك الأفهام: في أحكام الوديعة ج ٥ ص ١١٩.

(٦) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٧٠٠.

(٧) مسالك الأفهام: في أحكام الوديعة ج ٥ ص ١١٩ ـ ١٢٠، كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٧٠٠.

(٨) مختلف الشيعة: في الوديعة ج ٦ ص ٦٧.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في الوكالة ج ٩ ص ٥٩٨ ـ ٥٩٩.

(١٠) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٧.

(١١) إرشاد الأذهان: في الوكالة ج ١ ص ٤١٩.

(١٢) قواعد الأحكام: في أحكام الوكالة ج ٢ ص ٣٦٢.

(١٣) اللمعة الدمشقية: في الوكالة ص ١٦٧.

(١٤) جامع المقاصد: في الوكالة ج ٨ ص ٢٦٦.

(١٥) الروضة البهية: في الوكالة ج ٤ ص ٣٨٤.

(١٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوكالة ج ٩ ص ٥٩٩.

وغيرها[١] على عدم الضمان في الوديعة إذا لم يشهد، واستشكل في وكالة «التذكرة[٢]» وكذا «التحرير[٣]» ونصّ على الضمان في الدَين إذا لم يشهد في وكالة «المبسوط[٤] والتحرير[٥] والتذكرة[٦] والإيضاح[٧] وجامع المقاصد[٨]» ووكالة «اللمعة[٩] والروضة[١٠]» وضمان «الكتاب[١١] وجامع المقاصد[١٢]» واستشكل في وكالة «الكتاب[١٣]».

ومثل الدَين تسليم المبيع وقضيّة كلامهم أنّه يضمن بترك الإشهاد مطلقاً حتّى لو كان الأداء بحضرته ـ أي الموكّل ـ وقد قيّده بعضهم[١٤] بما إذا لم يكن بحضرته.

وفي رهن «الكتاب[١٥]»: لو ادّعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن قُبِلَ قولُه في حقّ الراهن، لأنّه وكيله على إشكال. وقد قيل بالقبول في ذلك في «الإيضاح[١٦]

---

(١) كفاية المرام: في الوكالة ج ٢ ص ٣٥٤.
(٢) تذكرة الفقهاء: في الوكالة ج ٢ ص ١٤٠ س ١٨.
(٣) تحرير الأحكام: في الوكالة ج ٣ ص ٤٤ ـ ٤٥.
(٤) المبسوط: في الوكالة ج ٢ ص ٣٧٦ ـ ٣٧٧.
(٥) تحرير الأحكام: في الوكالة ج ٣ ص ٤٤، وفي الوديعة ص ٢٠١.
(٦) تذكرة الفقهاء: في الوكالة ج ٢ ص ١٣٨ س ١٤ ـ ١٥، وفي الوديعة ص ٢٠٦ س ٢٠ ـ ٢١.
(٧) إيضاح الفوائد: في أحكام الوكالة ج ٢ ص ٣٥١.
(٨) جامع المقاصد: في الوكالة ج ٨ ص ٢٦٧.
(٩) اللمعة الدمشقية: في الوكالة ص ١٦٧.
(١٠) الروضة البهية: في الوكالة ج ٤ ص ٣٨٤.
(١١) قواعد الأحكام: في الضمان ج ٢ ص ١٦١.
(١٢) جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٥١.
(١٣) قواعد الأحكام: في الوكالة ج ٢ ص ٣٦٣.
(١٤) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الوكالة ج ٨ ص ٢٦٧، والشهيد الثاني في الروضة البهية: في الوكالة ج ٤ ص ٣٨٤، والعلّامة في تحرير الأحكام: في الوكالة ج ٣ ص ٤٤.
(١٥) قواعد الأحكام: في الرهن ج ٢ ص ١٢٢.
(١٦) إيضاح الفوائد: في الرهن ج ٢ ص ٣٤.

والحواشي[١] وجامع المقاصد[٢]». وقال في «الإيضاح» هناك: إنّ الإشكال في مسألتين: إحداهما أنّ الوكيل في الدفع إذا دفع من غير إشهاد هل يكون ضامناً أم لا؟

وقال أيضاً في الرهن: وإن رجع على الراهن لم يرجع على العدل إن كان دفعه بحضرته أو ببيّنةٍ ماتت أو غابت لعدم التفريط في القضاء، وإلّا رجع على إشكال[٣] وحكينا هناك[٤] عن «المبسوط والتذكرة والتحرير والإيضاح» أنّه يرجع.

وقد استدلّ في «التذكرة» على تفصيل الكتاب هنا بوجهين، الأوّل: أنّ الوديعة أمانة وقول المستودع مقبول في الردّ والتلف، فلا معنى للإشهاد، وقد يكون أراد بالمستودع الوكيل أيضاً، لأنّه مستودع أيضاً وقوله مقبول، فلا يؤثّر عدم الإشهاد في تغريمه، فتأمّل. والثاني: ما ذكره هنا من أنّ الودائع حقّها الإخفاء بخلاف قضاء الدَين[٥]. ومنه يُفهم أنّ الوكيل في الإيداع لا يجب عليه الإشهاد كما صرّحوا[٦] به.

وزاد في «جامع المقاصد» ثالثاً: وهو أنّ المطلوب بقضاء الدَين انقطاع مطالبة المدين للمديون وبراءة ذمّته، وذلك موقوف على الإشهاد، والمطلوب في الوديعة إيصال الحقّ إلى مستحقّه، ويد الوكيل يد الموكّل، فكما لا يجب الإشهاد عند الدفع إلى المودع لا يجب عند الدفع إلى الوكيل، بل ربّما يقال: إن نافي ذلك الفوريّة عدّ به ضامناً[٧]. ولا يخفى عليك الفرق بين الوجوبين في كلامه، وكذا كلام غيره، فلا تغفل.

ووجه القول بوجوب الإشهاد فيهما وإلّا ضمن ـ إن كان قولاً، نعم هو أحد

(١) لم نعثر عليه في حواشي الشهيد الموجودة لدينا.

(٢) جامع المقاصد: في الرهن ج ٥ ص ١٢٥ ـ ١٢٦.

(٣) أي العلّامة في قواعد الأحكام: في الرهن ج ٢ ص ١٢٢.

(٤) تقدّم في الرهن ج ١٥ ص ٥٣٥ ـ ٥٣٦.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٦ س ٢٠ ـ ٢١.

(٦) كالشهيد في اللمعة الدمشقية: في الوكالة ص ١٦٧، والشهيد الثاني في الروضة البهية: في الوكالة ج ٤ ص ٣٨٤، والمقدّس الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوكالة ج ٩ ص ٥٩٩.

(٧) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤٥.

وأُجرة المسكن إن احتاجت ومؤنة الردّ على المالك وإن قلّت.

وجهي الشافعيّة [١] ـ أنّ إطلاق الإذن يقتضي دفعاً ثابتاً يمكن الرجوع إليه عند الحاجة، فإذا ترك فقد قصّر. ولعلّ إطلاقه يقضي بالضمان ولو أقرّ في الوديعة، ولعلّه مقيّد بما إذا لم يقرّ كما ستسمع.

ووجه عدم الوجوب فيهما أنّ المأمور به هو الدفع، ولا دلالة في مطلق الأمر على الإشهاد فيحصل الامتثال بدونه. ولعلّ الظاهر عدم الضمان، أمّا في الوديعة فظاهر، وأمّا في الدَين فلأنّه وكيل فهو أمين، وظاهر حاله أداء الأمانة، ولأنّه لولا ذلك لأدّى إلى عدم قبول الوكالة فيفضي إلى الضرر. وسيأتي إن شاء الله تعالى في الوكالة [٢] أنّ الوكيل إذا ادّعى الردّ كان القول قوله مع يمينه إذا لم تكن الوكالة بجعل، فتأمّل.

وفي «جامع المقاصد» أنّ في قول المصنّف «فلا ضمان لو أنكر» مناقشة، لأنّا لو قلنا بالضمان وعددناه مقصّراً أوجبناه على كلّ حال، سواء أنكر أو أقرّ وامتنع من التسليم أو تلفت العين في يده، فإنّه على كلّ واحد من التقديرات يرجع على المستودع [٣]. قلت: لعلّ المناقشة في غير محلّها، لأنّ غرضه بيان محلّ الضمان غالباً.

[في أنّ مؤنة الحفظ والردّ على المالك]

قوله: ﴿وأُجرة المسكن إن احتاجت ومؤنة الردّ على المالك وإن قلّت﴾ قد تقدّم [٤] أنّه قال في «التذكرة»: إنّه لا يجب عليه مباشرة الردّ ولا تحمّل

---

(١) راجع الوجيز: في الوديعة ص ٢٣٤، والمغني لابن قدامة: في الوكالة ج ٥ ص ٢٣٢ و ٢٣٣، والمجموع: في الوكالة ج ١٤ ص ١٤٧.

(٢) سيأتي في ج ٧ ص ٦٤٨ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء الحادي والعشرين

(٣) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤٥.

(٤) لم نعثر على كلام من التذكرة صريح فيما نسبه إليه الشارح إلّا ما يتظاهر من كلامه في ←

مؤنته وأنّ ذلك على المالك. وهو الموافق لأُصول المذهب، والاستيداع وإن اقتضى وجوب الحفظ لكن لا يجب على المستودع أن يبذل من ماله ما جرت العادة ببذل المالك في مقابله ممّا يتوقّف عليه الحفظ من أُجرة المسكن وثمن العلف وأُجرة السقي إن كان له أُجرة وأُجرة الراعي وأُجرة نشر الثوب، بل يجب ذلك على المالك.

وهل يجب عليه دفع أُجرة المسكن ونشر الثوب من ماله إذا احتيج إلى ذلك، ثمّ يرجع به على المالك أو لا يجب عليه ذلك؟ احتمالان كما تقدّم[1] في مصانعة الظالم. أمّا ثمن العلف وأُجرة السقي فقد تقدّم وجوب ذلك، لمكان احترام الحيوان.

ولو كان المسكن للمستودع أو تولّى شيئاً من الأعمال الّتي جرت العادة ببذل الأُجرة في مقابلها ممّا لابدّ منه فالظاهر أنّه يرجع بأُجرته أيضاً كما صرّح بذلك كلّه في «جامع المقاصد[2]» والضابط في ذلك كلّه أنّه يطالب به المالك، فإن امتنع أو لم يوجد وجب الرجوع إلى الحاكم، ومع عدمه فالإشهاد، ومع تعذّره يرجع إذا بذل غير متبرّع على ما سبق[3].

فـروع

يناسب ذِكرها في المقام ذُكرها في «التذكرة[4]».

الأوّل: لو تعدّى في الوديعة وبقيت في يده مدّة لزمه أُجرة مثلها عن تلك المدّة، لأنّه صار كالغاصب عليه عوض المنافع.

الثاني: لو دخل خاناً فجعل حماره في صحن الخان وقال للخاني: احفظه كي

← ص ٣٢٣ وكلام من المبسوط في ص ٣٢٠ وما تقدّم من كلمات جماعة من الأعلام في وجوب الحفظ على نحو العادة حكاها الشارح في ص ٣١٥ ـ ٣١٧، فراجع وتأمّل.

(١) لم نظفر على هذا الكلام فيما تقدّم إلّا على ما حكاه عن جامع المقاصد في ص ٣١٠.

(٢) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤٦.

(٣) تقدّم في ص ٢٦٧ ـ ٢٧٢ وفي ص ٣٠٩ ـ ٣١١.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوديعة في ردّ الوديعة ج ٢ ص ٢٠٨ س ٤ ـ ١٤.

نعم لو سافر بها بغير إذنه أو بغير ضرورة كانت مؤنة الردّ عليه.
ولو كان المودع غاصباً لم يجز ردّ الوديعة إليه، بل إلى مالكها إن عرف،

لا يخرج فخرج في بعض غفلاته فالأقرب الضمان، لأنّه قصّر في الحفظ بالغفلة.
قلت: وكذلك الحال في الثياب بالنسبة إلى الحمّامي.

الثالث: لو خاف الغرق أو الحريق أو السلب فبادر إلى نقل أمتعته قبل الودائع فغرقت أو احترقت أو سلبت فلا ضمان، كما لو لم يكن عنده إلّا الودائع فأخذ في نقلها كلّها فاحترق ما تأخّر نقله.

الرابع: إذا دفع إلى رجل خاتماً ونحوه ليمضي إلى وكيله علامة ويقبض منه شيئاً، وقال: إذا قبضته ردّ الخاتم عليَّ فقبض ولم يردّ الخاتم فقد قرّب في «التذكرة[١]» أوّلاً الضمان، ثمّ احتمل العدم، لأنّه ليس عليه الردّ ولا مؤنته.

الخامس: إذا دفع قبالة إلى غيره وديعة ففرّط فيها فإنّما يضمن قيمة الكاغد مكتوباً، ولا شيء عليه ممّا في القبالة.

السادس: وكذا لو دفع إليه وثيقة وقال: لا تعطها لزيد حتّى تأخذ منه ديناراً فردّها إليه قبله ضمن قيمة القبالة مكتوبة وأُجرة الكاتب. وينبغي التأمّل في أُجرة الكاتب.

قوله: ﴿نعم لو سافر بها بغير إذنه أو بغير ضرورة كانت مؤنة الردّ عليه﴾ لأنّه غاصب بخلاف ما إذا اقتضت الضرورة ذلك.

[في ما لو كان المودع غاصباً]

قوله: ﴿ولو كان المودع غاصباً لم يجز ردّ الوديعة إليه، بل إلى

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الوديعة في ردّ الوديعة ج ٢ ص ٢٠٨ س ٤ ـ ١٤.

ولو جهل عرّفت سنة ثمّ يتصدّق بها عن المالك مع الضمان، وإن شاء أبقاها أمانةً أبداً من غير ضمان.

مالكها إن عرف﴾ قد ذكر ذلك في «المقنع [1]» وجميع [2] ما تأخّر عنه إلّا المبسوط والتحرير واللمعة فلم يتعرّض فيها لها. ولا فرق بين الغاصب والسارق وغيره. وبالجملة: الظالم وما في معناه.

ولو لم يمكن منعه أو كان يخاف منه إذا منعه جاز له ردّها عليه كما في «المقنعة [3] والتذكرة [4]» وغيرهما [5]. وعليه نبّه في «النهاية [6]» وغيرها [7]. وأمّا الضمان ففي «المسالك [8]» أنّ الّذي تقتضيه قواعد الغصب أنّ للمالك الرجوع على أيّهما شاء وإن كان قرار الضمان على الغاصب. قلت: الّذي تقتضيه قواعد الوديعة أن لارجوع له عليه. وقد تقدّم [9] مثله فيما إذا أكرهه الظالم على دفعها إليه.

قوله: ﴿ولو جهل عرّفت سنة ثمّ تصدّق بها عن المالك مع الضمان، وإن شاء أبقاها أمانة أبداً من غير ضمان﴾ قال في «جامع المقاصد [10]» هذا هو المشهور، ومستنده رواية حفص بن غياث [11]. قلت: الرواية والفتوى لم تتضمّنا

---

(١) المقنع: في اللقطة ص ٣٨٢.

(٢) كالمقنعة: في الوديعة ص٦٢٦ و٦٢٧، والنهاية: في الوديعة ص٤٣٦، والسرائر: في الوديعة ج ٢ ص ٤٣٥، وشرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٤ ـ ١٦٥.

(٣) المقنعة: في الوديعة ص ٦٢٧.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٨ س ٤١.

(٥) كالمراسم: في أحكام الوديعة ص ١٩٣.

(٦) النهاية: في الوديعة والعارية ص ٤٣٦.

(٧) كالكافي في الفقه: في الوديعة ص ٢٣٢.

(٨) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ١٠٠.

(٩) تقدّم في ص ٣٠٢ ـ ٣٠٥.

(١٠) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤٦.

(١١) وسائل الشيعة: ب ١٨ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

أنّه إن شاء أبقاها أمانة، بل قضيّتهما وجوب التصدّق بها. نعم استجود ذلك في «المسالك[١]». وكلام «النهاية[٢]» في اللقطة و«الإرشاد» في مقامٍ آخر ستسمعه[٣].

وعلى ذلك ـ أي تعريفها سنة ثمّ التصدّق بها عن المالك مع الضمان ـ نقلت الشهرة في «المسالك[٤] والكفاية[٥] والرياض[٦] والمفاتيح[٧]» وبه صرّحت عبارة «النهاية[٨]» في الباب و«الشرائع[٩] والنافع[١٠] وكشف الرموز[١١]» وغيرها[١٢]، وهو المحكي[١٣] عن أبي علي والقاضي، وإليه مال في «الغنية[١٤] والسرائر[١٥] والمختلف[١٦] والتنقيح[١٧]».

وعلى الخبر اقتصر في «المقنع[١٨]» ورواه في «الفقيه» وعقد له وحده باباً، وهذه صورته: باب ما يكون حكمه حكم اللقطة، روى سليمان بن داود المنقري عن حفص بن غياث النخعي قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً، واللصّ مسلم، فهل يردّ عليه؟ قال:

(١ و ٤) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩٩.
(٢) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٢.
(٣) سيأتي في ص ٣٤١.
(٥) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٤.
(٦) رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٦٣.
(٧) مفاتيح الشرائع: في وجوب ردّ الوديعة مع المطالبة ج ٣ ص ١٦٥.
(٨) النهاية: في الوديعة والعارية ص ٤٣٦.
(٩) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٥.
(١٠) المختصر النافع: في الوديعة ص ١٥٠.
(١١) كشف الرموز: في الوديعة ج ٢ ص ٢٥.
(١٢) كجامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤٦.
(١٣) حكاه عنهما العلّامة في مختلف الشيعة: في الوديعة ج ٦ ص ٥٩.
(١٤) غنية النزوع: في الوديعة ص ٢٨٤.
(١٥) السرائر: في أحكام الوديعة ج ٢ ص ٤٣٦.
(١٦) مختلف الشيعة: في الوديعة ج ٦ ص ٦١.
(١٧) التنقيح الرائع: في الوديعة ج ٢ ص ٢٤٣.
(١٨) المقنع: في باب ما هو بمنزلة اللقطة ص ٣٨٢.

لا يردّه، فإن أمكنه أن يردّه على صاحبه فعل، وإلّا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها، فيعرّفها حولاً، فإن أصاب صاحبها وإلّا تصدّق بها، فإن جاء صاحبها بعد ذلك خيّر بين الأجر والغرم، فإن اختار الأجر فالأجر له، وإن اختار الغرم غرم له وكان الأجر له[١]. وقد رواه في «التهذيب[٢]» عن محمّد بن عليّ بن محبوب عن عليّ بن محمّد بن شيرة عن القاسم بن محمد عن سليمان بن داود عن حفص بن غياث قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام، والسند غير واضح الضعف، لأنّا لنا تأمّلاً في تضعيف هؤلاء الأربعة[٣]، ثمّ إنّ الشهرة تجبره.

ولم يذكر أحد ممّن عمل بالرواية جواز التمليك كما في «المسالك[٤] والرياض[٥] والمفاتيح[٦]» إلّا ما سمعته عن «الفقيه» وما ستسمعه[٧] عن «النهاية». نعم سيأتي[٨] للمصنّف التأمّل في ذلك. وعموم المنزلة يقضي به.

وأمّا إبقاؤها عنده أمانةً أبداً من غير ضمان إلّا مع التقصير فهو من أحكام اللقطة، لكنّه صعب شاقّ، واستجود ما في الكتاب من التخيير بين الأمرين بعد التعريف في «المسالك[٩]».

ومعنى الضمان في المقام أنّه لو ظفر بصاحبه وجب على القابض فقط ردّه إليه

---

(١) من لا يحضره الفقيه: في اللقطة والضالّة ج ٣ ص ٢٩٨ ح ٤٠٦٥.

(٢) تهذيب الأحكام: في الوديعة ج ٧ ص ١٨٠ ح ٧٩٤.

(٣) مراده بهؤلاء الأربعة الأربعة الواقعة في سند التهذيب وهم: عليّ بن محمّد بن شيرة والقاسم بن محمّد وسليمان بن داود المعروف بالمنقري وحفص بن الغياث ولا سيّما الأخير فإنّه عامّي ولي القضاء عن هارون الرشيد في شرق بغداد ثمّ بالكوفة، فراجع وتأمّل والخبر حسب مبنى القوم ضعيف جداً لا يلتفت إليه وأمّا على ما بنينا عليه من وثاقة كلّ من ذكره القوم في الكتب الأربعة بل الستة حسب ما بيّنّاه في مقدّمة كتابنا «أحكام المحبوسين» فهو معتمد ومقبول الرواية، فراجع.

(٤ و ٩) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩٩. (٥) رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٦٥.

(٦) مفاتيح الشرائع: في وجوب ردّ الوديعة مع المطالبة ج ٣ ص ١٦٥.

(٧) سيأتي في ص ٣٤١. (٨) سيأتي في ص ٣٤٢.

لا أنّه يجب الإيصاء به عليه وعلى الورثة كالديون والمال المغصوب، لأنّ ذلك هو المناسب للأصل كما في «مجمع البرهان[1] والكفاية[2]» وقد احتمل في «مجمع البرهان[3]» عدم الضمان لو تصدّق به، لأنّ إخبار المال المجهول المالك خالية عنه. قلت: لكنّ الخبر هنا معمول به في ذلك أيضاً، وليس لك أن تقول: إنّه ليس من باب مجهول المالك، لأنّه يمكن إدراجه في قاعدته وإن جعله في الفقيه والنهاية من باب حكم اللقطة.

وتنقيح البحث في المسألة أنّ مورد الخبر وفتوى الأكثر إنّما هو المال المجهول المالك، لأنّه ليس بضائعٍ حتّى يكون لقطة، فيكونون قد خرجوا بالخبر عن حكمه في التعريف سنة، وإلّا فحكم المجهول المالك أنّه يتصدّق به فوراً بعد اليأس، وأمّا قبله فلابدّ من الفحص والسؤال حتّى ييأس عرفاً، ولا يقيّد بالتعريف سنة، فقد لا يحصل بالسنة، وقد يحصل بما دونها، وبه يفارق اللقطة، فإنّه يتصدّق بها أو يتملّكها بعد التعريف سنة وإن رجا الظفر بصاحبها. وأمّا إذا يئس من الظفر بمالكها فإنّه يملكها من دون تعريف إلّا إذا كان من تأخيره التعريف فإنّه مخيّر بين أن يتصدّق بها أو يعرّفها ويتملّكها.

وأمّا الضمان في مجهول المالك فهو صريح الخبر المذكور هنا، وقد يعطيه غيره[4].

والمخالف ابن إدريس حيث قال: يردّها إلى إمام المسلمين، فإن تعذّر أبقاها أمانةً ثمّ يوصي بها إلى عدل[5]. ونحوه ما في «الغنية[6]» وما حكي عن التقي[7]. وفي

(١ و٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣٤٣.
(٢) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٥.
(٤) راجع وسائل الشيعة: ب ٢٠ من أبواب اللقطة ح ٢ ج ١٧ ص ٣٧٠.
(٥) السرائر: في أحكام الوديعة ج ٢ ص ٤٣٦.
(٦) غنية النزوع: في الوديعة ص ٢٨٤.
(٧) حكاه عنه الفاضل المقداد في التنقيح الرائع: في الوديعة ج ٢ ص ٢٤٣.

«المختلف[١] والإيضاح[٢] وشرح الإرشاد[٣] والتنقيح[٤]» أنّه أقوى. وفي «جامع المقاصد[٥]» له وجه. واستحسنه في «المسالك[٦]».

وليعلم أنّ في «الغنية[٧] والسرائر[٨] وإيضاح النافع» أنّه أحوط، أي من قول الشيخ.

وقال المفيد: يخرج خمسه لمستحقّ الخمس والباقي يتصدّق به[٩]. ولم يذكر التعريف. ونحوه ما في «المراسم[١٠]». وقال في لقطة «النهاية[١١]» إنّ حكمه حكم اللقطة سواء. وقد سمعت[١٢] ما في «الفقيه». وقال في «الإرشاد[١٣]»: لو جهله تصدّق به وضمن. وزاد في «التبصرة[١٤]»: إن شاء. وقال في «الإرشاد[١٥]» بعد ذلك: أو أبقاها أمانةً. ولعلّه استند في التصدّق من أوّل الأمر إلى الأخبار الدالّة على فعل ذلك في المال المجهول المالك لكنّها خالية عن الضمان، وإلى الإبقاء أمانة إلى خبر معاوية بن وهب[١٦] الوارد في الأجير كما تقدّم في باب الدَين[١٧]. وقال في «إيضاح

(١) مختلف الشيعة: في الوديعة ج ٦ ص ٦٠.

(٢) إيضاح الفوائد: في الوديعة ج ٢ ص ١٢٢.

(٣) شرح الإرشاد للنيلي: في الوديعة ص ٦٥ س ٢٣.

(٤) التنقيح الرائع: في الوديعة ج ٢ ص ٢٤٣.

(٥) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤٧.

(٦) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩٩.

(٧) غنية النزوع: في الوديعة ص ٢٨٤.

(٨) السرائر: في أحكام الوديعة ج ٢ ص ٤٣٦.

(٩) المقنعة: في الوديعة ص ٦٢٧.

(١٠) المراسم: في أحكام الوديعة ص ١٩٤.

(١١) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٢.

(١٢) تقدّم في ص ٣٣٩ ـ ٣٣٨.

(١٣و١٥) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٨.

(١٤) تبصرة المتعلّمين: في الوديعة ص ١٠٥.

(١٦) وسائل الشيعة: ب ٢٢ من أبواب الدَين والقرض ح ٢ ج ١٣ ص ١١٠.

(١٧) والخبر هو ما رواه معاوية بن وهب عن أبي عبدالله عليه السلام: في رجل كان له على رجل حقّ ففقده ولا يدري اين يطلبه ولا يدري أحيّ أو ميّت ولا يعرف له وارثاً ولا نسباً ولا ولداً، قال: اطلبه. قال: فإنّ ذلك قد طال فأتصدّق به؟ قال: اطلبه. (الوسائل: ج ١٧ ص ٥٨٢ ح ١). فإنّ ظاهر الخبر السؤال والمراقبة ووجوب الطلب دائماً ويمكن استظهار ذلك من خبر زرارة المروي في ج ١٣ ص ١٠٩ ح ١، فراجع.

وليس له التملّك مع الضمان على إشكال.

ولو مزجها الغاصب بماله، فإن تميّزت وجب ردّها على مالكها دون المودع، وإلّا ردّ الجميع على المودع على إشكال.

النافع» أنّه مخيّر بين التصدّق والإبقاء أمانةً والدفع إلى الحاكم. وقد وقع في «الرياض[١]» خلل في النقل عن الإرشاد.

قوله: ﴿وليس له التملّك مع الضمان على إشكال﴾ أصحّه أنّه ليس له ذلك كما في «جامع المقاصد[٢]» والإشكال ينشأ من أنّ الأصل عصمة مال المسلم، ومن ورود الخبر بأنّها بمنزلة اللقطة، ومن أحكامها التملّك بعد التعريف. وهو قضيّة كلام «الفقيه» ولقطة «النهاية». واعترضه في «جامع المقاصد» أوّلاً بأنّه لا عموم في الرواية، قلت: وكأنّه لم يلحظ عموم المنزلة، وثانياً: بأنّ المتبادر من قوله عليه السلام «فيعرّفها» بيان وجه نزولها منزلة اللقطة[٣]. قلت: هذا يصلح لرفع عموم المنزلة بأن يقال: إنّ العموم ينزّل على المتبادر، وليس وجهاً ثانياً، لكنّ ذلك قد يمنع في عموم المنزلة. نعم يتمّ في التشبيه البليغ.

[فيما لو مزج الغاصب الوديعة بماله]

قوله: ﴿ولو مزجها الغاصب بماله، فإن تميّزت وجب ردّها على مالكها دون المودع، وإلّا ردّ الجميع على المودع على إشكال﴾ ردّ الجميع على المودع خيرة «المقنعة[٤] والنهاية[٥] والمراسم[٦] والوسيلة[٧] والشرائع[٨]

---

(١) رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٦٤.

(٢ و ٣) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤٧.

(٤) المقنعة: في الوديعة ص ٦٢٧.

(٥) النهاية: في الوديعة والعارية ص ٤٣٦.

(٦) المراسم: في أحكام الوديعة ص ١٩٤.

(٧) الوسيلة: في الوديعة ص ٢٧٥.

(٨) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٥.

والنافع[١] والإرشاد[٢] والتنقيح[٣] وإيضاح النافع والرياض[٤] والغنية[٥] والسرائر[٦]» وفي الأخيرين الإجماع عليه. وهو ـ أي الإجماع ـ ظاهر «الإيضاح[٧] وشرح الإرشاد[٨]» لفخر الإسلام و«جامع المقاصد[٩]» حيث نسب فيها إلى الأصحاب. وفي «إيضاح النافع» أنّه المشهور وأنّه يشهد له النظر.

وأوّل من تأمّل في ذلك المصنّف في «التذكرة[١٠]» فإنّه بعد أن أفتى بردّ الجميع قال: ويحتمل عندي ردّ قدر مال اللصّ إليه واحتفاظ الباقي لمالكه، قال: والقسمة هنا ضرورية. ومثله ما حكي عن السيّد العميد[١١]. وفي «الإيضاح[١٢]» أنّ الأولى ردّها إلى الحاكم. ووافقه على ذلك في «جامع المقاصد[١٣]» وقال: ولو لم يجد الحاكم احتمل ردّ قدر ما يملكه الغاصب ... إلى آخر ما في التذكرة. وفي «الرياض[١٤]» أنّ الأوفق بالقواعد ما في المسالك من ردّه على الحاكم مع إمكانه ليقسّمه ويردّ على الغاصب ماله، ومع تعذّره يحتمل قويّاً جواز تولّي الودعي القسمة إن كان مثليّاً وقدر حقّ الغاصب معلوماً جمعاً بين الحقّين. والقسمة هنا إجباريّة للضرورة تنزيلاً للودعي منزلة المالك حيث قد تعلّق بضمانه وللحسبة. ولو امتزج

---

(١) المختصر النافع: في الوديعة ص ١٥٠.
(٢) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٨.
(٣) التنقيح الرائع: في الوديعة ج ٢ ص ٢٤٤.
(٤ و١٤) رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٦٥.
(٥) غنية النزوع: في الوديعة ص ٢٨٤.
(٦) السرائر: في الوديعة ج ٢ ص ٤٣٦.
(٧ و١٢) إيضاح الفوائد: في الوديعة ج ٢ ص ١٢٢.
(٨) شرح الإرشاد للنيلي: في الوديعة ص ٦٥ س ٣٣.
(٩ و١٣) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤٧.
(١٠) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٨ س ٤٠ ـ ٤١.
(١١) كنز الفوائد: في أحكام الوديعة ج ١ ص ٦١١ ـ ٦١٢.

ولا يبرأُ المفرّط بالردّ إلى الحرز، بل إلى المالك أو بإبرائه.

على وجهٍ لا يعلم القدر أصلاً ففيه إشكال. ويتوجّه حينئذٍ ما أطلقه الأصحاب إن لم يمكن مدافعة الغاصب على وجهٍ يمكن معه الاطّلاع على الحقّ، قال: ويحتمل عدم جواز الردّ مطلقاً مع إمكانه إلى أن يعترف الغاصب بقدر معيّن أو يقاسم، لاستحالة ترجيح حقّه على حقّ المغصوب منه مع تعلّق الودعي بالحقّين، انتهى.

وفيه: إنّ القسمة من الحاكم وغيره في المساوي غير بعيدة، ولا كذلك إذا مزّجه بالأعلى، اللّهم إلّا أن يرضى الغاصب، فينبغي أن يقال: إن مزجه بالأدنى بحيث ما بقي لمال المالك قيمة أمكن تسليمه إلى الغاصب، ويجب عليه ردّ مال المالك مثلاً أو قيمةً، ويمكن وجوب تسليمه للحاكم ليقسّمه مع ردّ أرش النقصان بحيث لا يستلزم الربا، وإن كان بالمساوي كان شريكاً، وكذا بالأعلى، لأنّه بتقصيره، فتأمّل. ويحتمل جعله كالتالف والإلزام بالعوض ونظر الأصحاب إلى أنّ الودعي لا يعلم قدر المغصوب ولا عينه، وحينئذٍ لا وسيلة لاستنقاذه لعدم معرفته ومنع الجميع غصب، وليس له ولاية في القسمة، لأنّها تستلزم إعطاء بعض مال كلّ واحدٍ للآخر فهي كالمعاوضة من دون تراضٍ. والظاهر أنّهم عثروا في ذلك على خبر، لأنّ «المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة» متون أخبار. وقال فخر الإسلام: إنّه يستلزم ردّ المغصوب إلى الغاصب، وهو حرام لا يجوز قطعاً[1].

قوله: ﴿ولا يبرأُ المفرّط بالردّ إلى الحرز بل إلى المالك أو بإبرائه﴾ قد تقدّم[2] الكلام في ذلك في أوّل الباب مستوفى عند شرح قوله: لو ردّ الوديعة إلى الحرز لم يزل الضمان ما لم يجدّد الاستئمان، وقد قال في

(١) شرح الإرشاد للنيلي: في الوديعة ص ٦٥ س ٢.
(٢) تقدّم في ص ٢٢٤ ـ ٢٢٨.

ولو أنكر الوديعة أو ادّعى التلف وإن كان بسببٍ ظاهرٍ

«جامع المقاصد»: إنّ ظاهر ذلك يخالف ما هنا، لأنّه قد يشكّ في أنّ الإبراء موجب لتجديد الاستئمان، بل قد يشكّ في براءته بالإبراء[١] مع أنّه هناك قوّى ما يدفع هذه المخالفة، وقد بيّنّا[٢] ذلك هنالك، وقلنا إنّ: هناك مخالفة من جهة أُخرى، فليلحظ.

[لو أنكر المستودع الوديعة أو ادّعى التلف]

قوله: ﴿ولو أنكر الوديعة﴾ أي فالقول قوله مع اليمين كما في «المبسوط[٣]» وغيره[٤] وفي «المسالك[٥]» أنّه لا شبهة فيه، وفي «مجمع البرهان[٦]» الظاهر أنّه لا إشكال فيه.

قوله: ﴿أو ادّعى التلف وإن كان بسببٍ ظاهرٍ﴾ أي فالقول قوله مع اليمين. قال في «التذكرة»: إنّه إذا ادّعى التلف فالقول قوله مع اليمين عند علمائنا، سواء كان بسبب ظاهر أو خفيّ[٧]. وفي «مجمع البرهان[٨]» الظاهر أنّه لا خلاف فيه. وفي «المسالك[٩] والكفاية[١٠]» أنّه المشهور. وبه ـ أي بأنّ القول قوله مع يمينه ـ صرّح في «الشرائع[١١] والتحرير[١٢] والإرشاد[١٣] والتبصرة[١٤]»

(١) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤٨.
(٢) تقدّم في ص ٢٢٤ ـ ٢٢٨.
(٣) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤١.
(٤) كشرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٧.
(٥ و ٩) مسالك الأفهام: في أحكام الوديعة ج ٥ ص ١١٨.
(٦ و ٨) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣٠٨.
(٧) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٦ س ٢٢ ـ ٢٣.
(١٠) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٩.
(١١) شرائع الإسلام: في الوديعة في اللواحق ج ٢ ص ١٦٧.
(١٢) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ٢٠٣.
(١٣) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٧.
(١٤) تبصرة المتعلّمين: في الوديعة ص ١٠٥.

وغيرها[١]، مضافاً إلى الفتاوى والإجماعات والشهرة الّتي ذكرناها في باب الوكالة[٢].

والمخالف الشيخ في «المبسوط[٣]» فيما إذا ادّعى التلف بأمرٍ ظاهر فلم يُقبل قوله إلّا ببيّنة لإمكان إقامتها. وقد رماه بعضهم[٤] بالشذوذ، وعموم البيّنة على المدّعي شامل لهذا الفرد ولما إذا ادّعاه بسبب خفيّ ولما إذا ادّعى الردّ، ولم يلتزم ذلك في هذين.

والصدوق[٥] قبل قوله بلا يمين. ووافقه على ذلك الشيخ في «النهاية[٦]» وصاحب «الوسيلة[٧]» وقيّد في الأخير بما إذا لم تظهر منه خيانة. وقد يلوح أو يظهر ذلك من «النهاية». قال في «الفقيه»: مضى مشايخنا رضي الله تعالى عنهم على أنّ قول المودع مقبول فإنّه مؤتمن ولا يمين عليه، وقال رجل للصادق عليه السلام: إنّي ائتمنت رجلاً على مال أودعته إيّاه فخانني فيه وأنكر مالي؟ فقال: لم يخنك الأمين وإنّما ائتمنت الخائن[٨]. وروى في «المقنع» فيما حكي مرسلاً عن الصادق عليه السلام أنّه سئل عن المودع إذا كان غير ثقة هل يُقبل قوله؟ قال: نعم ولا يمين عليه[٩]. وربّما اعتضد بالنصوص[١٠] الناهية عن اتّهام الأمين ولا ينفكّ عن الإحلاف، مضافاً إلى الأصل النافي للزومه، ولكن ذلك لا يعارض ما مرّ، والأخبار لم يتّضح سندها،

---

(١) كرياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٦٦.

(٢) سيأتي في باب الوكالة ج ٧ ص ٦٠٠ ـ ٦٠١ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء الحادي والعشرين.

(٣) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤١.

(٤) كالسيّدعلي في رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٦٦.

(٥ و ٩) المقنع: في الوديعة ص ٣٨٦.

(٦) النهاية: في الوديعة والعارية ص ٤٣٦.

(٧) الوسيلة: في الوديعة ص ٢٧٥.

(٨) من لا يحضره الفقيه: في باب الوديعة ج ٣ ص ٣٠٥ ذيل ح ٤٠٩٢ وح ٤٠٩٣.

(١٠) وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب أحكام الوديعة ج ١٣ ص ٢٢٧ ـ ٢٢٩.

أو نقص القيمة

والمرسلة معارضة بمفهوم مرسلة «الغنية» قال: وروي أنّه لا يمين عليه إذا كان ثقة غير مرتاب[1]. وبمضمونها أفتى أبو عليّ وأبو الصلاح حيث قال: لا يمين عليه إلّا مع التهمة، حكاه عنهما صاحب «التنقيح[2]» وقد يكونان موافقين للنهاية والوسيلة لكن نسبته إلى مشايخنا المفيد للعموم الظاهر في الإجماع مع الأخبار المذكورة وموافقة الإسكافي والتقيّ ممّا يقضي بقوّة قوله جدّاً. وقد استوفينا الكلام في ذلك في باب الوكالة[3].

[فيما لو اختلف في القيمة بعد التلف]

قوله: ﴿أو نقص القيمة﴾ أي لو اختلفا في القيمة بعد الاتّفاق على التلف بالتفريط فالقول قول المستودع بيمينه كما في «السرائر[4]» و«كشف الرموز[5]» و«المختلف[6]» و«إيضاح النافع». وفي «الرياض[7]» أنّه أشهر، بل لعلّ عليه عامّة مَن تأخّر. وفي «الشرائع[8]» و«النافع[9]» أنّه أشبه. وحكاه في «المختلف[10]» عن التقيّ وابن حمزة. وعبارة «الوسيلة[11]» كان القول قول المودع بيمينه، فتُحتمل فتح الدال وكسرها.

---

(١) غنية النزوع: في الوديعة ص ٢٨٤.

(٢) التنقيح الرائع: في الوديعة ج ٢ ص ٢٤٥.

(٣) سيأتي في باب الوكالة ج ٧ ص ٦٠٠ ـ ٦٠١ و ٦٥١ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء الحادي والعشرين.

(٤) السرائر: في الوديعة ج ٢ ص ٤٣٦.

(٥) كشف الرموز: في الوديعة ج ٢ ص ٢٦.

(٦ و ١٠) مختلف الشيعة: في الوديعة ج ٦ ص ٦٢.

(٧) رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٦٩.

(٨) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٨.

(٩) المختصر النافع: في الوديعة ص ١٥١.

(١١) الوسيلة: في الوديعة ص ٢٧٥.

أو عدم التفريط فالقول قوله مع اليمين، وفي الردّ نظر.

وفي «المقنعة[١] والنهاية[٢] والغنية[٣]» أنّ القول قول صاحبها مع يمينه. وفي «السرائر» أنّ هذا القول خلاف الأُصول والإجماع والأخبار المتواترة، بل قال: إنّه خلاف ما عليه كافّة المسلمين، ثمّ قال: إنّ الشيخ في نهايته عوّل على خبرٍ واحد[٤] ولعلّه لم يلحظ المقنعة ولا الغنية.

وربّما استدلّ[٥] لهم بأنّه بالتفريط خرج عن الأمانة. وفيه أنّها ليست مأخذ القبول حتّى يقال: إنّه خرج عن الأمانة، بل لأنّه منكر للزيادة فيدخل تحت الخبر المشهور والرواية المدّعاة مرسلة خاصّة بذلك، ولا جابر لها فيه.

[فيما لو اختلف في التفريط وعدمه]

قوله: ﴿أو عدم التفريط فالقول قوله مع اليمين﴾ كما في «النهاية[٦] والغنية[٧] والسرائر[٨] والنافع[٩] والتنقيح[١٠] والكفاية[١١]». وفي «الرياض[١٢]» أنّه لا خلاف فيه إلّا من حيث لزوم اليمين، فيأتي فيه خلاف الصدوق، لعموم دليله.

قوله: ﴿وفي الردّ نظر﴾ كما في «التذكرة[١٣]» في الباب والوكالة و«المختلف[١٤]»

---

(١) المقنعة: في الوديعة ص ٦٢٦. (٢ و٦) النهاية: في الوديعة والعارية ص ٤٣٧ و٤٣٦.

(٣) غنية النزوع: في الوديعة ص ٢٨٤.

(٤ و٨) السرائر: في الوديعة ج ٢ ص ٤٣٦.

(٥ و١٢) الرياض: في الوديعة ج ٩ ص ١٦٨ و١٦٦.

(٧) غنية النزوع: في الوديعة ص ٢٨٤.

(٩) المختصر النافع: في الوديعة ص ١٥١.

(١٠) التنقيح الرائع: في الوديعة ج ٢ ص ٢٤٤ ـ ٢٤٥.

(١١) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٩.

(١٣) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٦ س ٢٨ ـ ٢٩، وفي الوكالة ص ١٣٧ س ٢٦ وما بعده.

(١٤) مختلف الشيعة: في الوكالة ج ٦ ص ٣٤.

في الوكالة و«الإرشاد[1] والكفاية[2]». حيث قيل فيهما: فيه إشكال.

وفي «المبسوط[3] والشرائع[4] والنافع[5] والتحرير[6] وشرح الإرشاد[7]» لولده و«الإيضاح[8] واللمعة[9] وجامع المقاصد[10] وإيضاح النافع ومجمع البرهان[11]» وغيرها[12] أنّه يقبل قوله مع يمينه، وهو المشهور كما في «التنقيح[13] والمسالك[14] والروضة[15] والكفاية[16]» ومذهب الأكثر كما في «مجمع البرهان[17]». وفي وكالة «السرائر[18] والمهذّب البارع[19]» وكذا «المسالك[20]» الإجماع عليه. وهو المحكي[21] عن «غاية المرام» للصيمري.

(١) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٧.
(٢ و١٦) كفاية الأحكام: في الوديعة ج ١ ص ٦٩٩.
(٣) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤١.
(٤) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٧.
(٥) المختصر النافع: في الوديعة ص ١٥١.
(٦) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ٢٠١.
(٧) شرح الإرشاد للنيلي: في الوديعة ص ٦٥ س ٢ ـ ٨.
(٨) إيضاح الفوائد: في الوديعة ج ٢ ص ١٢٣.
(٩) اللمعة الدمشقية: في الوديعة ص ١٥٥.
(١٠) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤٨.
(١١ و١٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣٠٨.
(١٢) كفاية المرام: في الوديعة ج ٢ ص ٢٩٠.
(١٣) التنقيح الرائع: في الوديعة ج ٢ ص ٢٤٦.
(١٤) مسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ١١٨.
(١٥) الروضة البهية: في الوديعة ج ٤ ص ٢٥٠.
(١٨) السرائر: في الوكالة ج ٢ ص ٨٧.
(١٩) المهذّب البارع: في الوكالة ج ٣ ص ٣٩.
(٢٠) مسالك الأفهام: في التنازع ج ٥ ص ٢٩٨.
(٢١) حكاه عنه السيّدعليّ في رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٦٩.

وقال في «المهذّب[١]»: إنّ استشكال العلّامة نادر، وقد قال الأكثر[٢] في باب المضاربة في جواب من يدّعي قبول قول العامل بالردّ قياساً على المستودع بأنّه مع الفارق، لكونه قبض لمصلحة المالك فهو إحسانٌ محض، والعامل قبض لمصلحته، فلو لا أن يكون الحكم إجماعيّاً لقيل ـ ولو في كلام بعضهم ـ بمنع الحكم في المقيس عليه، ولم يشر إليه أحدٌ إلّا المصنّف في «التذكرة[٣]» ثمّ إنّهم يأخذونه مسلّماً في باب الوكالة[٤] وفي باب القضاء[٥] حيث ينقضون به حدّ المدّعي والمنكر مع أنّه مدّعٍ بجميع معانيه، فيقولون: الودعي المدّعي ردّ الوديعة عليه اليمين، ولا شيء من المدّعي عليه يمين، فكان شكلاً ثانياً نتيجته أنّ الودعي المدّعي ردّ الوديعة ليس بمدّعٍ، ويجيبون بمنع الكبرى للرخصة أو بمنع الصغرى، لأنّ المودع يدّعي خلاف ظاهر المسلم، لأنّ ظاهر الأمين الصدق.

ثمّ إنّ ظاهرهم الاتّفاق على تقديم قوله في التلف ولو في الجملة استناداً إلى مجرّد الأمانة، وهي جارية في المقام، فكما يخصّص بها الأصل وعموم الرواية المتقدّمة في صورة التلف فليخصّصا بها هنا، وتؤخذ الأخبار الناهية عن رمي الأمين بالتهمة، وتكليفه البيّنة مؤيّدة.

---

(١) لم نجد الحكم بندرة استشكال العلّامة في المهذّب البارع وإنّما ذكر أقسام الاُمناء ثمّ نقل عنه مجرّد استشكاله في المقام، فراجع المهذّب البارع: ج ٣ ص ٣٩. نعم نقله عنه في الرياض: ج ٩ ص ٢٦٦.

(٢) منهم الفاضل المقداد في التنقيح الرائع: في المضاربة ج ٢ ص ٢٢٣، والصيمري في غاية المرام: في المضاربة ج ٢ ص ٢٥٣، والسيّد عليّ في رياض المسائل: في المضاربة ج ٩ ص ٩٠.

(٣) تذكرة الفقهاء: في الوكالة ج ٢ ص ١٣٧ س ٢٧.

(٤) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الوكالة ج ٨ ص ٣١٦، وأبو العباس في المهذّب البارع: في الوكالة ج ٣ ص ٣٩، والفاضل المقداد في التنقيح الرائع: في الوكالة ج ٢ ص ٢٩٦.

(٥) كما في القواعد: في القضاء ج ٣ ص ٤٣٦، والمسالك: في القضاء ج ١٤ ص ٦١، والإيضاح: في القضاء ج ٤ ص ٣٢٥.

هذا كلّه مضافاً إلى ذهاب المشهور كما في «الشرائع[١]» وغيرها[٢] إلى قبول قول الوكيل في الردّ إذا كان بغير جعل، بل الظاهر إطباق القدماء عليه كما أشار إليه في «غاية المراد[٣]».

وهذا كلّه إذا ادّعى ردّها على مَن ائتمنه أو على وكيله، لأنّ يده يده، أمّا لو ادّعاه على الوارث فكغيره من الاُمناء يكلّف بالبيّنة لأصالة عدمه، وهو لم يأتمنه، فلا يكلّف تصديقه، وقد صرّحت بذلك جملة من عباراتهم «كالمبسوط[٤] والشرائع[٥] والتذكرة[٦] والتحرير[٧] وجامع المقاصد[٨] والمسالك[٩]» وغيرها[١٠]، صرّحوا جميعاً به في باب الوكالة. وفي «الرياض[١١]» نفي الخلاف فيه. وهو الموافق للأصل، وقد جعلوا لذلك ضابطاً صرّحوا[١٢] به في باب الوكالة، وهو أنّ كلّ أمين ادّعى ردّ الأمانة على مَن لم يأتمنه وأنكر ذلك المدّعى عليه كان القول قوله مع يمينه وكلّف المدّعي البيّنة. وتمام الكلام في الوكالة[١٣].

(١ و٥) شرائع الإسلام: في الوكالة ج ٢ ص ٢٠٥.

(٢) كغاية المرام: في الوكالة ج ٢ ص ٣٥٧.

(٣) غاية المراد: في الوديعة ج ٢ ص ٣٦٩.

(٤) المبسوط: في الوكالة ج ٢ ص ٣٧٣ ـ ٣٧٤.

(٦) تذكرة الفقهاء: في الوكالة ج ٢ ص ١٣٨ س ٢٠ ـ ٢١.

(٧) تحرير الأحكام: في الوكالة ج ٣ ص ٤٢ ـ ٤٣.

(٨) جامع المقاصد: في الوكالة ج ٨ ص ٣١٨.

(٩) مسالك الأفهام: في الوكالة ج ٥ ص ٢٩٨ ـ ٢٩٩.

(١٠) كإيضاح الفوائد: في أحكام الوكالة ج ٢ ص ٣٦١.

(١١) رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٧٠.

(١٢) منهم الشيخ في المبسوط: في الوكالة ج ٢ ص ٣٧٤، والعلّامة في التذكرة: في الوكالة ج ٢ ص ١٣٨ س ٢٤.

(١٣) سيأتي في ج ٧ ص ٦٤٨ ـ ٦٤٩ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء الحادي والعشرين.

أمّا لو ادّعى الإذن في التسليم إلى غير المالك فالمصدّق المالك مع اليمين، فإن صدّق الإذن وأنكر التسليم فكدعوى الردّ.

ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته فهي والدَّين سواء على إشكال.

[فيما لو ادّعى المستودع الإذن في تسليمها إلى الغير]

قوله: ﴿أمّا لو ادّعى الإذن في التسليم إلى غير المالك فالمصدّق المالك مع اليمين﴾ كما في «المبسوط[1] والتذكرة[2] وجامع المقاصد[3]» لأنّ الأصل عدم الإذن، فهو بالتسليم عادٍ حتّى يثبت الإذن. ثمّ المدفوع إليه إن كذّبه فالقول قوله، إذ الأصل عدم الدفع، وإن صدّقه ردّت الوديعة (العين ـ خ ل) إن كانت باقية، وإن كانت تالفة كان بالخيار بين تضمين المستودع والمدفوع إليه.

قوله: ﴿فإن صدّق الإذن وأنكر التسليم فكدعوى الردّ﴾ ونحوه ما في «التذكرة[4]» وقوّى في «المبسوط[5]» أنّ القول قول المستودع، لأنّ الدعوى على المأذون في تسليمه كالدعوى على الوكيل، وقد سمعت[6] أنّ حاله حال المالك. ووجه احتمال تصديق المالك أنّ المستودع يدّعي على من لم يأتمنه والمفتي به الأوّل كما في «جامع المقاصد[7]».

[فيما لو مات المستودع ولم توجد في تركته]

قوله: ﴿ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته فهي

(١ و٥) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٢.

(٢ و٤) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٦ س ٣٢ ـ ٣٣ و٣٦.

(٣ و٧) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤٨ ـ ٤٩.

(٦) تقدّم في ص ٣٢٣ ـ ٣٣٤.

هذا إن أقرّ أنّ عنده وديعة أو عليه وديعة أو ثبت أنّه مات وعنده وديعة، والدَين سواء على إشكال» قال في «الإيضاح[1]»: الإشكال السابق في أصل الضمان، وهذا في كيفيّته. وأراد بالإشكال السابق هو ما ذكره في قوله: ولو لم يوجد في التركة ثوب لم يضمن تنزيلاً على التلف قبل الموت على إشكال[2]. قال في «الإيضاح» كيفيّته أنّه يحتمل تقديم صاحب الوديعة لحصولها لأصالة البقاء واشتباه عينها، ويحتمل التحاصّ كالديون، والأصحّ الأوّل، لأنّ حقّ الوديعة متعلّق بعين التركة كالرهن[3] أي في تقديم حقّ المرتهن.

ومعنى الوجه الأوّل أنّ أصالة بقاء عين ماله الّذي هو مختصّ به تقضي بالاختصاص ببدله، ومعنى الوجه الثاني أنّ المختصّ به هو العين، فإذا تعذّرت كان البدل من جملة الديون.

والسيّد العميد قال فيما حكي عنه: إنّ الإشكال في أصل الضمان، وهو الظاهر من سوق كلام التذكرة، ولكن سوق عبارة الكتاب يقتضي ما قاله في الإيضاح، فإنّه لو لا ذلك لكان قوله «إن أقرّ أنّ عنده وديعة ... إلى آخره» وقوله «أمّا لو كانت عنده وديعة في حياته ـ إلى قوله ـ ففي الضمان إشكال» كلّه فاسد الوضع، لأنّ الإشكال إذا كان في أصل الضمان استوت هذه المسائل كلّها، فيكون قوله «هذا إن أقرّ» غير صحيح، وأيضاً فإنّ عدوله عن جعل الإشكال في الضمان إلى كونه في مساواتها للدّين يشعر بذلك[4].

قوله: «هذا إن أقرّ أنّ عنده وديعة أو عليه وديعة أو ثبت أنّه

(١ و٣) إيضاح الفوائد: في الوديعة ج ٢ ص ١٢٣.
(٢) تقدّم في ص ٢٦٠ ـ ٢٦٤.
(٤) حكاه عنه المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٤٩.

أمّا لو كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم بقاؤها ففي الضمان إشكال.

مات وعنده وديعة﴾ لأنّ الإقرار يقضي بوجودها في التركة وقت صدوره في الأُولى ويبعد تلفها في الزمن المتخلّل بينه وبين الموت، ويقضي في الثانية بثبوت الحقّ في الذمّة، بل قد قيل [١]: إنّه يقضي ببقائها في التركة كالأُولى وأنّها آكد، وأمّا الثالثة فإذا ثبت أنّه مات وعنده وديعة كان أدلّ على وصولها إلى الورثة غير أنّها لم تعلم بعينها.

قوله: ﴿أمّا لو كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم بقاؤها ففي الضمان إشكال﴾ يريد أنّه لو ثبت بالبيّنة أو بإقرار الورثة أو نحو ذلك أنّه كان عنده وديعة في حياته ولم توجد ولم يعلم بقاؤها فإنّ في أصل الضمان هنا إشكالاً ينشأ من تعارض أصل البراءة معتضداً بظاهر حال المسلم، لأنّ الظاهر أنّه قد ردّها أو تلفت بغير تفريط وإلّا لأقرّبها عند الموت، ومن استصحاب البقاء وخبر السكوني [٢]، وقد تقدّم تمام الكلام فيما سلف [٣] مستوفى.

وقد قال في «التذكرة [٤]»: إنّ الّذي يقتضيه النظر عدم الضمان، والّذي عليه أكثر علمائنا والشافعيّة وجوب الضمان، ثمّ حكى عن أصحاب الشافعي في المسألة طرقاً مشتملة على تفاصيل تخالف ما هنا. والحاصل: أنّ محصّل ما في التذكرة يخالف ما هنا.

وقد حاول السيّد العميد [٥] الفرق بين هذه المسألة والمسائل الّتي قبلها بأنّ

---

(١) القائل هو المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٥٠.

(٢) وسائل الشيعة: ب ١٣ من أبواب المضاربة ح ١ ج ١٣ ص ١٩١.

(٣) تقدّم في ص ٢٦٠ ـ ٢٦٤.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠١ س ٢٧ وما بعده.

(٥) كنز الفوائد: في الوديعة ج ١ ص ٦١٢ ـ ٦١٣.

الضمان في هذه أخفّ، وليس بجيّد، لأنّ المصنّف إذ ساوى بين المسائل في مجيء الإشكال كان قوله «هذا إن أقرّ» وقوله «أمّا لو كانت» ضائعاً كما ذكر ذلك في «جامع المقاصد» وقال: إنّ ما ذكره هنا كان يغني عمّا ذكره سابقاً من قوله «ولو لم يوجد في التركة ثوب ... إلى آخره»[1]. قلت: ذكره لذاك هناك جاء بالتبع لما قبله. وقال: إنّ الّذي يقتضيه النظر أنّه إن علم بقاء عينها ولم يتميّز من التركة قدّم مالكها على الغرماء، وإن علم تلفها بتفريط فهو أُسوة الغرماء، وإلّا فلا ضمان أصلاً، وهو المفتى به.

قلت: هذا النظر يدفعه ظاهر خبر السكوني المنجبر سنده ودلالته بالشهرة، فليلحظ.

وليعلم أنّه يمكن أن يكون قول المصنّف «هذا إن أقرّ أنّ عنده وديعة» وقوله فيما سلف «أمّا لو قال عندي ثوب» منزّلين على ما إذا أقرّ بالوديعة على وجهٍ يرتفع الإجمال وينتفي التقصير، ويكون وجه أصل الضمان ما حكيناه عن «المبسوط» هناك وإن كان ضعيفاً، ووجه الإشكال في كيفيّته ما عرفته آنفاً وسالفاً[2] ويتّضح ما في «الإيضاح» والفرق حينئذٍ بين قوله «إن أقرّ» وقوله «أمّا لو كانت» واضح لما (بما ـ خ ل) بيّنّاه من أنّ الظاهر في الثاني أنّه قد ردّها أو تلفت وإلّا لأقرّ بها عند الموت، ويمكن أن يكون قولاه منزّلين على الإجمال في المقامين، ويمكن توجيه الإشكال في أصل الضمان ويتمّ ما في «الإيضاح» أيضاً. وأمّا تنزيل الأوّل على الإجمال والثاني على التعيين كما في «المسالك» وغيرها كما تقدّم[3] فهو الظاهر من كلامه السالف والموافق لما في «الكنز[4]» ويؤيّده بُعد العهد مع الفرار عن التكرار، ولكن فيه ما قد عرفت[5]. ومقتضى النظر ما تضمّنه الخبر أنّه إن عيّن فلا ضمان وإلّا كان ضامناً.

---

(١) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٥١.

(٢ و ٥) تقدّم في ص ٢٦٠ ـ ٢٦٤ وفي ص ٣٥٣ ـ ٣٥٤.

(٣) تقدّم في ص ٢٦٠ ـ ٢٦٤.

(٤) كنز الفوائد: في الوديعة ج ١ ص ٦١٣.

ويصدّق المستودع مع اليمين في تعيين أحد المدّعيين

[فيما لو ادّعى اثنان أنّ ما في يد الثالث وديعة له]

قوله: ﴿ويصدّق المستودع مع اليمين في تعيين أحد المدّعيين﴾ كما في «المبسوط [1] والشرائع [2] والتذكرة [3] والتحرير [4] والإرشاد [5] وجامع المقاصد [6] والمسالك [7] ومجمع البرهان [8]».

وتحرير القول في المسألة أنّه إذا ادّعى كلٌّ من شخصين على ثالث بأنّ ما في يده من المال المخصوص وديعة له عنده، فقد قال في «المبسوط»: إنّ حال المودع وهو الثالث لا يخلو من أربعة أحوال: إمّا أن ينكرهما، أو يقرّ بها لهما معاً، أو يقرّ بها لأحدهما بعينه، أو يقرّ لأحدهما لا بعينه. ونحوه ما في «التذكرة والتحرير» وزاد في «المسالك» خامساً وهو ما إذا قال: لا أدري لمن هي أهي لكما أو لأحدكما أو لغيركما؟ وأطالوا الكلام في بيان هذه الأقسام، وقد ذكروا مثل ذلك في باب القضاء [9] فيما إذا تداعيا عيناً في يد ثالث، وقد أسبغنا الكلام هناك [10]. وينبغي أن

(١) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٩. (٢) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٨.
(٣) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٧ س ١٥.
(٤) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ٢٠١ ـ ٢٠٢.
(٥) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٨.
(٦) جامع المقاصد: في أحكام الوديعة ج ٦ ص ٥٢.
(٧) مسالك الأفهام: في الوديعة ج ٥ ص ١٢٤.
(٨) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣٤٥.
(٩) منهم العلّامة في تحرير الأحكام: في القضاء ج ٢ ص ١٩٨ س ١٣ وما بعده، والمحقّق الثاني في مختصر النافع: في الاختلاف في الدعوى ص ٢٧٧، والسيّدعليّ في رياض المسائل: في أحكام الاختلاف في الدعوى ج ١٣ ص ١٨٩.
(١٠) سيأتي في القضاء ج ١٠ ص ٢٢٥ ـ ٢٢٦ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السابع والعشرين.

ـ فإن نكل غرم للآخر ـ

نتتبّع هنا مواقع كلماتهم لنحظى برشحة من بركاتهم.

فنقول: إذا أقرّ لأحدهما بعينه حكم للمقرّ له ويحلف للآخر، فإن حلف سقطت دعواه أيضاً واستقرّ ملك المقرّ له على العين، كذا قال في «المسالك[1]» وقريبٌ منه ما في «التذكرة[2] وجامع المقاصد[3]». وفيه: أنّه لابدّ في استقرار ملك المقرّ له على العين من حلفه للآخر على البتّ كما ذكروا[4] ذلك في كتاب القضاء من دون خلاف، فحلف المصدّق ـ أعني المستودع ـ إن ادّعى علمه بملكه لفائدة دفع الغرم عن نفسه، لأنّه إن امتنع حلف الآخر واُغرم، لا لفائدة القضاء بالعين، وحلف المصدّق له، لأنّ التصديق بمنزلة اليد، فكان كأنّه صاحب يد ومنكر والآخر خارج ومدّعٍ.

قوله: ﴿فإن نكل غرم للآخر﴾ يريد أنّه لو نكل المستودع عن اليمين اُحلف الآخر على استحقاقها إن لم تقض عليه بمجرّد النكول، واُغرم المستودع له المثل أو القيمة، لحيلولته بينه وبينه بإقراره الأوّل. ولا أجد في ذلك خلافاً في البابين، وقد نصّ عليه في «المبسوط[5]» وغيره[6] في الباب أيضاً.

ووجّهه في «المبسوط» بأنّ اليمين المردودة تنزّل منزلة إقرار المنكر، لأنّه لو أقرّ بها ثانياً للآخر اُغرم له، فكذا إذا حصل ما هو بحكم الإقرار. وتبعه المصنّف في

(١ و٦) مسالك الأفهام: في أحكام الوديعة ج ٥ ص ١٢٤.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٧ س ١٥.

(٣) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٥٢.

(٤) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في القضاء ج ١٤ ص ١٠٨، والسيّدعليّ في رياض المسائل: في أحكام الاختلاف في الدعوى ج ١٣ ص ١٨٩، والمحقّق في المختصر النافع: في الاختلاف في الدعوى ص ٢٧٧.

(٥) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٤٩ ـ ١٥٠.

«التذكرة[1]» والمحقّق الثاني[2] والشهيد الثاني[3].

وقال في «جامع المقاصد»: وأمّا إذا قلنا إنّها كالبيّنة فقد يقال: يجب انتزاع العين من المقرّ له لثبوت كونها له بالبيّنة. قال: ويجاب بأنّ كونها كالبيّنة إنّما هو في حقّ المتداعيين، فلا يتفاوت الحال باعتبار كونها كالإقرار أو كالبيّنة، لأنّها حيث لم تكن في يده وقد حال بينها وبين الآخر الحالف بإقراره وجب الغرم وإن كانت كالبيّنة[4] انتهى ما أردنا نقله من كلامه، وقد وافقه على ذلك صاحب «المسالك[5]».

وهذا الاحتمال وجوابه للشافعية[6] وليس شيءٌ منهما بصحيح عندنا لأنّا قد بيّنّا[7] في باب القضاء أنّ اليمين المردودة أصلٌ برأسه، لأنّها في بعض المواضع لاتكون كأحدهما كما تقدّم[8] في الكفالة والحجر في ردّ مَن لا يقبل إقراره.

وقد جعلوا[9] من فروع الخلاف ما إذا اشترى من الوكيل في البيع ثمّ ادّعى عليه فسخه بعيب سابق، وأنكر الوكيل العيب والفسخ ونكل عن اليمين وردّها على المدّعي، فقد قالوا: على كونها كالبيّنة يردّ على الموكّل، ويردّ على الوكيل على كونها كالإقرار، فكانت كالبيّنة في حقّ غير المتداعيين، فتأمّل.

وفي اعتبار كون القيمة وقت الحلف أو وقت الإقرار إشكال يلتفت إلى أنّ وقت الإقرار هو وقت التلف ووقت اليمين هو وقت الثبوت. ولم يرجّح شيء في «التذكرة[10]» ولا في «جامع المقاصد[11]».

(١ و١٠) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٧ س ١٨ و١٦.
(٢ و٤ و١١) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٥٢ ـ ٥٣.
(٣ و٥) مسالك الأفهام: في أحكام الوديعة ج ٥ ص ١٢٤.
(٦) المجموع: في القضاء ج ٢٠ ص ١٩، وفتح العزيز: ج ١١ ص ١٧٤.
(٧) يأتي في القضاء ج ١٠ ص ٧٨ الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السادس والعشرين.
(٨) تقدّم في الكفالة ج ١٦ ص ٦١٦ ـ ٦١٧، وفي الحجر ج ١٦ ص ١٤٨ و٣٦٤.
(٩) كما في المبسوط: في البيع ج ٢ ص ١٣٩ ـ ١٤٠، والقواعد: في البيع ج ٢ ص ٧٩، وجامع المقاصد: في البيع ج ٤ ص ٣٥٩.

وفي نفي العلم، وتقرّ في يده حتّى يثبت المالك،

قوله: ﴿وفي نفي العلم﴾ أي ويصدّق المستودع مع اليمين في نفي العلم بكون العين لهما أو لأحدهما.

وتحريره: أنّ الودعي إذا ادّعى النسيان كأن يقول: ليست لي ولا أعرف صاحبها، أو هي لأحدكما وقد نسيت عينه، فإن قلنا: إنّ المستودع يضمن بالنسيان فهو ضامن، ويبقى الكلام في أنّه لمن يضمن وماذا يضمن؟ والظاهر أنّه يضمن القيمة لهما، فتجعل هي والعين في أيديهما وتقسّم العين بينهما وإن لم تضمنه به، فإن صدّقاه في النسيان فلا خصومة لهما معه، بل الخصومة بينهما، وصار المال كأنّه في أيديهما. وإن كذّباه فيه وادّعى كلّ واحدٍ منهما علمه بأنّه المالك وقالا: إنّك لتعلم لمن الوديعة منّا فالقول قوله مع يمينه ويحلف، لأنّه لو أقرّ بها لأحدهما كانت له، فإذا ادّعى عليه علمه سمعت دعواه ويحلف كما ستسمع.

قوله: ﴿وتقرّ في يده حتّى يثبت المالك﴾ لأنّ يده في الأصل يد أمانة والأصل بقاؤها، ولأنّا إذا انتزعناها من يده لا نسلّمها إلى أحدهما وإنّما توضع على يد عدل، وهذا عدل. وهو خيرة «المبسوط[1] والشرائع[2] والتذكرة[3] وجامع المقاصد[4]» وغيرها[5]. واحتمل في «التذكرة[6]» وغيرها[7] فيما إذا قال: المال لأحدهما ولا أعلمه أن ينتزع من يده بأمر الحاكم لمطالبتهما إيّاه. وقد يلوح أو يظهر ذلك

(١) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٥٠.
(٢) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٨.
(٣) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٧ س ٢٧ ـ ٢٩ وص ٢٠٨ س ٢.
(٤ و٧) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٥٣ ـ ٥٤.
(٥) كمسالك الأفهام: في أحكام الوديعة ج ٥ ص ١٢٦.
(٦) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٧ س ٣٠.

فإن ادّعيا علمه أحلفاه على نفي العلم يميناً واحدة،

من المحكي عن «الخلاف[١]» وضعّف بأنّ المطالبة المقتضية للعزل هي الّتي يجب معها التسليم، وهو ممتنعٌ هنا فلا يكون وجهاً. وفي «المختلف[٢]» أنّ الوجه أنّ الأمر في ذلك للحاكم، واستجوده في «المسالك[٣]» فيما إذا حصرها فيهما لا فيما إذا أدخل معهما غيرهما. قلت: هو المفروض في المختلف، ولم يتعرّضوا في باب القضاء لهذا الفرع.

قوله: ﴿فإن ادّعيا علمه أحلفاه على نفي العلم﴾ كما في «المبسوط[٤] والخلاف[٥] والسرائر[٦] والشرائع[٧] والإرشاد[٨] والتحرير[٩]» وهذا يُفهم ممّا تقدّم لكنّه أعاده ليترتّب عليه ما بعده مع فائدة التصريح به والتفريع.

قوله: ﴿يميناً واحدة﴾ كما في «الخلاف[١٠] والسرائر[١١] والمسالك[١٢]» وهو المنقول[١٣] عن الشافعي وظاهر كلام أبي عليّ[١٤]، لأنّ إحدى الدعويين كاذبة قطعاً لاستحالة أن تكون ملكاً لكلٍّ منهما، وحيث لم تكن معيّنة حكمنا بأنّه يحلف لهما. وفي «التحرير[١٥]» لا تكفي يمين واحدة على إشكال.

---

(١) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الوديعة ج ٦ ص ٦٩.
(٢) مختلف الشيعة: في الوديعة ج ٦ ص ٧٠.
(٣ و١٢) مسالك الأفهام: في أحكام الوديعة ج ٥ ص ١٢٧ و١٢٥.
(٤) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٥٠.
(٥ و١٠) الخلاف: في الوديعة ج ٤ ص ١٧٨ مسألة ١٤.
(٦ و١١) السرائر: في الوديعة ج ٢ ص ٤٣٩.
(٧) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٨.
(٨) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٨.
(٩ و١٥) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ٢٠١.
(١٣) نقله عنه العلّامة في تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٧ س ٣٣.
(١٤) نقله عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الوديعة ج ٦ ص ٦٩.

ويُحتمل التعدّد، فإن نكل أُحلفا على علمه فيضمن القيمة، فتجعل مع العين في أيديهما.

فإذا حلف احتمل استعمال القرعة، فمن خرج اسمه أُحلف وسُلّمت العين إليه، أو تُقسّم بينهما نصفين كما عن «الخلاف[1]».

قوله: ﴿ويحتمل التعدّد﴾ كما هو خيرة «المبسوط[2] والتحرير[3] وجامع المقاصد[4]» وهو المحكي[5] عن الكوفي. لأنّ كلّ واحدٍ منهما مدّعٍ بانفراده لايعلم كذبه فيندرج في عموم الحديث[6] ولكلّ واحدٍ منهما أن يستقلّ بالدعوى، والأصل براءة الذمّة من وجوب الاجتماع، ولإمكان كونها لهما معاً. فإذا أُحلف فالشيخ في «المبسوط[7]» تارةً حكم بالإيقاف حتّى يصطلحا وهو خيرة أبي عليّ[8] وتارةً قوّى القرعة، والأقوى أنّهما يحلفان وتقسّم بينهما، لتكافؤ الدعويين وتساويهما في الحجّة، وهو يقتضي القسمة كذلك، فلا يكون الأمر مشكلاً حتّى يحتاج إلى القرعة، والإيقاف حتّى يصطلحا ضرر، والاصطلاح غير لازم.

قوله: ﴿فإن نكل أُحلفا على علمه فيضمن القيمة، فتجعل مع العين في أيديهما﴾ إذا نكل فإمّا أن يحلفا على علمه أو على الاستحقاق. فإن كان الأوّل توجّه غرم القيمة، لأنّ يمينيهما قضتا أن يكون بالنسبة إلى كلّ واحدٍ

---

(١) الخلاف: في الوديعة ج ٤ ص ١٧٨ مسألة ١٥.

(٢ و٧) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٥٠ و١٥١.

(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ٢٠٢.

(٤) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٥٤.

(٥) حكاه عنه الشيخ في الخلاف: في الوديعة ج ٤ ص ١٧٨ مسألة ١٤.

(٦) الكافي: في باب البيّنة على المدّعي ... ج ٧ ص ٤١٥ ح ١ و٢، وتهذيب الأحكام: في كيفية الحكم والقضاء ج ٦ ص ٢٢٩ ح ٥٥٣ و٥٥٤.

(٨) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الوديعة ج ٦ ص ٦٩.

منهمابخصوصه، عالماً بأنّ العين له، وبإنكاره حصلت الحيلولة بين المستحقّ وحقّه، فوجب أن يغرم القيمة، ولمّا كانا سواء في اليمين لم يكن لأحدهما رجحان على الآخر، فتجعل العين والقيمة معاً في أيديهما وتقسّم العين بينهما، لكنّ ذلك بعد حلفهما ثانياً على الاستحقاق، لأنّ اليمين الأُولى لم تتناوله، وإنّما أثّرت غرمه القيمة لهما، فتأمّل.

وإن كان الثاني قسّمت بينهما فقط. وقال الشيخ: لو حلفا فيه قولان: أحدهما أنّها تقسّم بينهما، والثاني أنّها توقّف حتّى يصطلحا، والأوّل أقوى. ثمّ قال: ولو قلنا بالقرعة كان قويّاً[١]. وقال في «التحرير» عندي فيه نظر[٢]. وقد عرفت وجه القول بالقسمة آنفاً.

هذا ولو أقرّ بها لهما معاً على سبيل الاشتراك قسّمت بينهما، ويكون قد صدّق كلّ واحدٍ في البعض وكذّبه في دعوى الجميع، وحكم التصديق والتكذيب في النصف كما في الجميع بالنسبة إلى الودعي، وبالنسبة إليهما يبقى النزاع بينهما في النصف، فإن حلفا أو نكلا قسّم بينهما، وإن حلف أحدهما خاصّة اختصّ بها. قال في «المسالك[٣]»: ولا خصومة للناكل مع المستودع. قلت: إن ادّعى عليه العلم حلّفه، ثمّ إنّ الودعي يغرم للحالف النصف إن كان سلّمه إلى الناكل الّذي ادّعى عليه الحالف العلم فأراد تحليفه فنكل.

وإن كذّبهما انتفت دعواهما، لأنّ اليد له ولكلٍّ منهما إحلافه على البتّ، فإن نكل ردّت عليهما وصارا في الدعوى سواء، فإن حلفا أو نكلا قسّمت بينهما، وإن حلف أحدهما اختصّ بها.

---

(١) المبسوط: في الوديعة ج ٤ ص ١٥١.
(٢) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ٢٠٢.
(٣) مسالك الأفهام: في أحكام الوديعة ج ٥ ص ١٢٥.

وإن سلّم العين بحجّة إلى أحدهما ردّ نصف القيمة إلى المودع، ولم يجب على الثاني الردّ، لأنّه استحقّ بيمينه ولم يعُد إليه المبدل.

ولو قال: لا أدري أهي لكما أو لأحدكما أو لغيركما وادّعيا عليه العلم فالقول قوله في نفيه كما مرّ[1] فإذا حلف تركت في يده، وليس لأحدهما تحليف الآخر، لأنّهما لم تثبت لهما ولا لأحدهما عليها يد بخلاف ما سبق. ولو نكل عن اليمين ففي تسليمها إليهما مع حلفهما على الاستحقاق وغرامته لهما القيمة لو حلفا على علمه احتمال، ويحتمل العدم لعدم حصر ذي اليد الحقّ فيهما.

قوله: ﴿وإن سلّم العين بحجّة إلى أحدهما ردّ نصف القيمة إلى المودع، ولم يجب على الثاني الردّ، لأنّه استحقّ بيمينه ولم يعُد إليه المبدل﴾ يريد أنّهما إذا حلفا على علمه وجعلت العين والقيمة في أيديهما فإمّا أن لا ينازع أحدهما الآخر أو يجري بينهما النزاع، فإن كان الأوّل ـ كما إذا رضيا بما صار إليهما ـ فلا كلام، وإن كان الثاني فإن ثبت بحجّة شرعيّة أنّ العين لأحدهما بعينه كما إذا أقام بيّنةً أو حلف مع نكول الآخر فإنّ العين بكمالها تسلّم إليه، فحينئذٍ يجب عليه أن يردّ نصف القيمة، لأنّه استحقّها للحيلولة بينه وبين نصف العين وقد زالت فيجب ردّها، وأمّا الثاني فلا يجب عليه الردّ، لأنّه استحقّ بيمينه للحيلولة ولم تزل، إذ لم يعُد إليه المبدل وهو النصف الّذي في يد الأوّل كما نبّه على ذلك كلّه في «التذكرة[2] والتحرير[3] وجامع المقاصد[4]» والمبدل العين والبدل القيمة.

وليعلم «إن سلّم» في العبارة ينبغي أن يروى مبنياً للمجهول، إذ الحكم ليس

---

(١) تقدّم في ص ٣٦٠ ـ ٣٦٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٧ س ٣٩ ـ ٤٣.

(٣) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ٢٠٢.

(٤) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٥٥ ـ ٥٦.

ولو مات المالك سلّمها إلى الورثة أجمع من غير تخصيص فيضمن معه.

مبنيّاً على تسليم المودع ولا مرجع للضمير إذا كان مبنيّاً للمعلوم سواه، ولأنّ المقرّ قبل ذلك جعل العين في أيديهما فكيف يكون التسليم منه.

[في وظيفة المستودع لو مات المالك]

قوله: ﴿ولو مات المالك سلّمها إلى الورثة أجمع من غير تخصيص فيضمن معه﴾ كما في «الشرائع[1] والنافع[2] والتذكرة[3] والتحرير[4] والإرشاد[5] وجامع المقاصد[6] والمسالك[7] ومجمع البرهان[8]» لكن في بعضها: سلّمها إلى الكلّ أو مَن يرتضونه، وفي بعضها: أو مَن يقوم مقامهم، أي كالوكيل والوليّ وهو معنى ما في «المراسم[9]» وإن لم يذكر فيها الضمان عند التخصيص، ومعنى ما في «السرائر[10] والمقنعة[11] والنهاية[12]» وعبارات هذه الكتب الثلاثة ينبغي ملاحظتها، إذ في عبارة

---

(١) شرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ١٦٨.
(٢) المختصر النافع: في الوديعة ص ١٥١.
(٣) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٧ س ٤.
(٤) تحرير الأحكام: في أحكام الوديعة ج ٣ ص ٢٠٥.
(٥) إرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٨.
(٦) جامع المقاصد: في الوديعة ج ٦ ص ٥٦.
(٧) مسالك الأفهام: في أحكام الوديعة ج ٥ ص ١٢٧.
(٨) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الوديعة ج ١٠ ص ٣٤٤.
(٩) المراسم: في أحكام الوديعة ص ١٩٤.
(١٠) السرائر: في الوديعة ج ٢ ص ٤٣٨.
(١١) المقنعة: في الوديعة ص ٦٢٧.
(١٢) النهاية: في الوديعة والعارية ص ٤٣٧ ـ ٤٣٨.

الأوّل: دفعها إلى ورثته عند المطالبة، فيحمل على أنّه أعلمهم بها أو علموا وأقرّوها. قال في «التذكرة[١]»: قال بعض الشافعية: إنّ مع علمهم لا يجب الدفع، ثمّ نفى عنه البأس. ولا تصغ إلى ما في «المسالك[٢]» من قوله: إنّه وجيه إلّا أنّه لم يتحقّق به قائل منّا. ولا فرق في وجوب المبادرة بين علم الورثة بالوديعة وعدمه عندنا، انتهى. وتبعه على ذلك صاحب «الرياض[٣]» مبالغاً فيه وكأنّهما لم يلحظا ما في «السرائر والمهذّب البارع وإيضاح النافع والكتاب وجامع المقاصد» كما تقدّم بيانه في أوّل الباب[٤]. وهو الّذي تقضي به اُصول المذهب كأصل البراءة وأصل الإباحة.

وأمّا عبارة «المقنعة» فهي هذه: فإذا عرفهم ـ أي الورثة ـ أعطى كلّ ذي حقٍّ حقّه منها، فإذا رضيت الجماعة بواحدٍ منهم يتسلّمها كان عليه دفعها إليه برضا الجماعة به في ذلك[٥].

وقال في «النهاية»: لم يسلّمها إلّا إلى جماعاتهم أو واحدٍ يتّفقون عليه، أو يعطي كلّ ذي حقٍّ حقّه[٦]. واعترضه في «السرائر» بأنّ الأولى دفعها إلى الحاكم، لأنّ الودعي لا يجوز له قسمتها[٧].

وأجاب في «المختلف» بأنّ هذا ليس وارداً على الشيخ، لأنّ الشيخ قال: أو يسلّم إلى كلّ ذي حقٍّ حقّه، وذلك إنّما يكون بالتسليم مشاعاً أو برضا كلّ واحدٍ منهم بما يدفعه إلى صاحبه، وإلّا لم يكن حقّاً له، لكنّه لقصور فهمه يعترض بمثل

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الوديعة ج ٢ ص ٢٠٧ س ٥ ـ ٦.
(٢) مسالك الأفهام: في أحكام الوديعة ج ٥ ص ١٢٧ و١٢٨.
(٣) رياض المسائل: في الوديعة ج ٩ ص ١٧١.
(٤) تقدّم في ص ١٩٦.
(٥) المقنعة: في الوديعة ص ٦٢٧.
(٦) النهاية: في الوديعة ص ٤٣٨.
(٧) السرائر: في الوديعة ج ٢ ص ٤٣٨.

هذه الإيرادات الفاسدة[١].

وقال صاحب «التنقيح»: هذا الجواب ليس بشيء، وإلّا لزم تداخل الأقسام[٢].

قلت: الجواب بالإشاعة لعلّه في محلّه، ولعلّه هو الّذي أراده المفيد، لكن فيه شيء وهو أنّه لا يجوز له التسليم على سبيل الإشاعة إلى كلّ واحدٍ من الجماعة، بل يأثم ويضمن إذا فعل، فكان الأولى بالمقداد أن يعترض بهذا لابتداخل الأقسام. وكأنّه فهم تسليمها للجميع على سبيل الإشاعة، لكنّ الجواب بالرضا خالٍ عن كلّ وصمة سوى البُعد. وما بال ابن إدريس اقتصر على ذِكر عبارة النهاية، فكأنّه لم يلحظ المقنعة أو لعدم صراحتها كالنهاية، واتّفاق الكتابين على هذه العبارة يرشد إلى أن هناك خبراً، لكنّا لم نجده في الجوامع العظام ولاغيرها.

وقد يحمل[٣] على بُعدٍ أيضاً كلام الشيخين على ما إذا كان عوض الوديعة في ذمّته، فإنّه يجوز له تسليم الكلّ إلى البعض وتسليم كلّ ذي حقٍّ حقّه. وفي الأوّل: إن رضوا فذاك وإلّا أخذوا حصصهم منه ورجع هو على مَن يسلّم إليه الكلّ.

(١) مختلف الشيعة: في الوديعة ج ٦ ص ٦٤.

(٢) التنقيح الرائع: في الوديعة ج ٢ ص ٢٤٧.

(٣) كما في مجمع الفائدة والبرهان: في الوديعة ج ١٠ ص ٣٤٤.

المقصد الثاني
في العارية

وفيه فصلان:

الأوّل: في الأركان

وهي خمسة:

(الأوّل) العقد:

وهو كلّ لفظٍ دلّ على تسويغ الانتفاع بالعين مع بقائها مطلقاً أو مدّة معيّنة.

وثمرته التبرّع بالمنفعة،

﴿المقصد الثاني: في العارية﴾

قوله: ﴿وفيه فصلان، الأوّل: في الأركان، وهي خمسة، الأوّل: العقد﴾ قد بيّنّا في أوّل باب الوديعة[1] الوجه في تسمية العقود الجائزة عقوداً مع أنّ إيجابها وقبولها يصحّ بالكتابة والإشارة والتلويح والفعل بياناً شافياً، وهو من متفرّدات هذا الكتاب.

[في تعريف العارية]

قوله: ﴿وهو كلّ لفظٍ دلّ على تسويغ الانتفاع بالعين مع بقائها

---

(١) تقدّم في ص ٢٠٢ ـ ٢٠٤.

مطلقاً أو مدّة معيّنة. وثمرته التبرّع بالمنفعة﴾ قد فسّرت بأنّها عقد في «الوسيلة[١] والشرائع[٢] والتحرير[٣] والتذكرة[٤] والروضة[٥]» وفسّرت في «النافع» بأنّها إذن في الانتفاع بالعين تبرّعاً[٦]. وينبغي أن يزيد مع بقائها واستردادها كما صرّح بالأخير في «المهذّب البارع[٧]» ولم يتعرّض للبقاء، وبالأوّل في «الروضة[٨]» ولم يتعرّض للاسترداد.

والقائلون بأنّها عقد اختلفوا في بيانه، ففي «الوسيلة» أنّها عقد على عين مملوكة للمعير لينتفع بها غيره من غير اُجرة[٩]. وفيه ما لا يخفى كما ستعرف. وفي «التذكرة» أنّها عقد شرّع لإباحة الانتفاع بعين من أعيان المال على جهة التبرّع[١٠]. وفي «التحرير» أنّها عقد جائز من الطرفين، ويفتقر إلى إيجاب وقبول، وقد يحصل القبول بالفعل[١١]. وفي «الشرائع» عقد ثمرته التبرّع بالمنفعة[١٢].

ومن الكلام على تعريف الكتاب يُعرف الحال في بقيّة التعاريف ولم تُعرف في غير ما ذكر، وقد أورد عليه في «جامع المقاصد» ثلاثة إيرادات، الأوّل: إنّ قوله «إنّ ثمرته التبرّع» إن كان جزء التعريف انتُقض في عكسه بـ: أعرتك حماري لتعيرني فرسك، وإلّا انتُقض في طرده بالإجارة. والثاني: إنّه ينتقض بالسكنى والرقبى والحبس والعمرى والوصيّة بالمنفعة. الثالث: إنّ الثمرة المذكورة حاصلة

(١) الوسيلة: في العارية ص ٢٧٥.

(٢ و١٢) شرائع الإسلام: في العارية ج ٢ ص ١٧١.

(٣ و١١) تحرير الأحكام: في العارية ج ٣ ص ٢٠٩ و٢١٠.

(٤ و١٠) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢٠٩ س ٣.

(٥ و٨) الروضة البهية: في العارية ج ٤ ص ٢٥٥.

(٦) المختصر النافع: في العارية ص ١٥١.

(٧) المهذّب البارع: في العارية ج ٣ ص ١٠.

(٩) الوسيلة: في العارية ص ٢٧٥.

بالإيجاب لا بمجموع الإيجاب والقبول فلا تكون ثمرتها معاً. قال: ويمكن الجواب عن الأوّل بكونه جزءاً ولا يرد ما ذكر، لأنّ هذا الفرد من العارية مقتضاه التبرّع، وإنّما جاء العوض من أمرٍ زائد على العقد وهو الشرط، فإنّه عقد مع شرط. وقال: أُجيب عن الثاني بما لا يدفع، والأولى أن يزاد في التعريف مع بقاء الجواز [1].

قلت: في جميع ما ذكر نظر، وذلك لأنّا نقول: إنّ قوله «وثمرته» غير داخل في التعريف ولا ترد الإجارة، لأنّ التسويغ ظاهر في التبرع الّذي هو ثمرته. والمقصود منه، وثمرةالإجارة خلاف ذلك، لأنّ ثمرتها تمليك المنفعةبعوضٍ معلوم، والمصنّف صرّح وأوضح ذلك بقوله «وثمرته» وحينئذٍ لا ينتقض بالسكنى والعمرى والرقبى والحبس والوصية بالمنفعة، ولا يحتاج إلى زيادة بقاء الجواز بحاله كما هو واضح. وبذلك يُعرف حال ما في «المسالك[2]» أيضاً.

وأمّا جوابه عن الأوّل ففيه: أنّه قد اعترف أنّ هذا فرد من أفراد العارية ليس فيه تبرّع فلايكون عارية، وإذا كان مقتضى العقد التبرّع كيف يجوز اشتراط عدمه؟ إذ الشرط المخالف لمقتضى العقد وضدّ له غير جائز فكيف يجتمع معه ويخرجه عن مقتضاه؟ وما سيذكر[3] في «الإيضاح وجامع المقاصد» في توجيه تصحيحه عارية لم يتّضح لنا وجهه. ويمكن أن يجاب بأنّا نقول: إنّ جنس العارية على التبرّع، وذلك لا ينافي اتّفاق كون بعض أفراده على خلاف ذلك كما قيل [4] نحو ذلك في الهبة وغيرها، فتأمّل. أو نقول: إنّها إجارة فاسدة، وتنقيحه عند تعرّض المصنّف له.

---

(١) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٥٧ ـ ٥٨.

(٢) مسالك الأفهام: في عقد العارية ج ٥ ص ١٣٢.

(٣) سيأتي ص ٣٩٠ ـ ٣٩١.

(٤) القائل هو السيّدعليّ في رياض المسائل: في الهبة ج ٩ ص ٣٧٥.

ولا يختصّ لفظاً،

والجواب عن الثالث بأنّ القبول لمّا كان شرطاً في صحّة العارية عنده حيث تكون عقداً لم تتحقّق الثمرة بدونه وإن بذلها المعير، فإنّه لو تبرّع بـالعين وأوقع الإيجاب فردّه الآخر لم تحصل الثمرة وإن حصل التبرّع بالمنفعة، فالمترتّب على العقد هو التبرّع على وجه يثمر، وذلك لا يتمّ بدون القبول، وحيث يكون معاطاة يكفي في حصول الثمرة مجرّد الإيجاب قولاً أو إشارةً أو تلويحاً أو كتابةً أو فعلاً. ولعلّه لهذا قيل[١]: إنّ العقد فيها مجرّد الإيجاب، وهذا هو الّذي يرد على التعريف، فكان الأولى الاعتراض به. ولابدّ من مراجعة ما ذكرناه[٢] في تعريف الوديعة.

[في أنّ العارية لا تختصّ بلفظ]

قوله: ﴿ولا يختصّ لفظاً﴾ كما هو شأن العقود الجائزة، بل قد صرّح في «التذكرة» بأنّه لا يشترط فيها اللفظ بل تكفي الكتابة والإشارة. بل قال: الأقرب عندي أنّ العارية لا تفتقر إلى لفظ، بل تكفي قرينة الإذن بالانتفاع من غير لفظ دالّ على الإعارة والاستعارة لا من طرف المعير ولا من طرف المستعير، كما لو رآه عارياً فدفع إليه قميصاً فلبسه تمّت العارية، وكذا لو فرش لضيفه فراشاً... إلى آخر ما قال[٣]. وقال أيضاً: قد تحصل بغير عقد كما لو حَسن ظنّه بصديقه فإنّه يكفي في الانتفاع عن العقد[٤]. وقد وافقه على ذلك جماعة[٥]. وقد تقدّم[٦] أنّ ذلك ليس بعارية

---

(١) كما في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٦١.

(٢) تقدّم في ص ١٩٧ ـ ١٩٩.

(٣ و ٤) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١١ س ٥ و٦ وما بعد.

(٥) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في عقد العارية ج ٥ ص ١٣٣، والمحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٤٨ و٣٦٠، والبحراني في الحدائق الناضرة: في العارية ج ٢١ ص ٤٨٠.

(٦) تقدّم آنفاً في الصفحة السابقة وفي هذه الصفحة.

ولا يشترط القبول نطقاً.

وإنّما هو من معاطاتها، وقد جرت العادة بالانتفاع بأواني الهدايا والأكل منها.

وفي «الروضة» ـ بعد أن نقل عن التذكرة الاكتفاء بحُسن الظنّ بالصديق ـ قال: ينبغي تقييده بكون منفعته ممّا يتناوله الإذن الوارد في الآية[١] بجواز الأكل بمفهوم الموافقة وتعدّيه إلى مَن تناولته من الأرحام لا مطلق حُسن الظنّ، لعدم الدليل، إذ المساوي قياس، والأضعف يمتنع بطريق أولى[٢].

وفيه: أنّه في التذكرة بصدد بيان عدم الحاجة إلى اللفظ، لا أنّه يتناوله الإذن الوارد بجواز الأكل من بيت الصديق حتّى يستدلّ بمفهوم الموافقة ويلزم تقييده بما كان حُكمه أضعف من الأكل، بل دليله حصول الرضا ظنّاً من صديقٍ وغيره، لأنّه قد اكتفى بالظنّ في ظروف العارية وغيرها، فلا ينقدح كلامه بعدم الدليل على المساوي، نعم لو منع دليله بأنّ مطلق ظنّ الرضا لا يستلزم حصوله لكان متوجّهاً، وما استند إليه من جريان العادة باستعمال الظروف وغيرها فإنّه يدّعى فيه إفادة القطع، ولقد وافق صاحب «الرياض[٣]» والروضة، فليتأمّل.

[في أنّه لا يشترط في قبولها النطق]

قوله: ﴿ولا يشترط القبول نطقاً﴾ هذا قد يشعر بأنّ الإيجاب يشترط فيه النطق كما هو الظاهر من عبارات الأكثر[٤]، وقد سمعت ما في «التذكرة» وعرفت الوجه فيما ظهر من الأكثر ممّا مرّ[٥] في الوديعة. وتسميته هذه كلّها ـ أعني ما خلا

---

(١) النور: ٦١.
(٢) الروضة البهية: في العارية ج ٤ ص ٢٥٥ ـ ٢٥٦.
(٣) رياض المسائل: في العارية ج ٩ ص ١٧٦.
(٤) منهم البحراني في الحدائق الناضرة: في العارية ج ٢١ ص ٤٧٩، والكركي في جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٥٨، والشهيد الثاني في المسالك: في عقد العارية ج ٥ ص ١٣٢.
(٥) تقدّم في ص ٢٠٠ ـ ٢٠٤.

(الثاني) المعير:

ويشترط كونه مالكاً للمنفعة جائز التصرّف، فلا تصحّ عارية الغاصب ولا المستعير ولا الصبيّ ولا المجنون ولا المحجور عليه لسفهٍ أو فلسٍ،

عن القول إيجاباً وقبولاً ـ عقوداً ممّا لا يصغى إليه.

[في الشروط المعتبرة في المعير]

قوله: ﴿الثاني: المعير، ويشترط كونه مالكاً للمنفعة﴾ هذا الشرط لم أجد أحداً ذكره غير المصنّف في «التحرير[1] والتذكرة[2]» ولا تغفل عمّا حكيناه[3] عن «الوسيلة» ولعلّه لما ذكر أيضاً في «التذكرة» يمكن أن يقال[4]: يكفي جواز الانتفاع وإن لم تكن المنفعة مملوكة له كالموقوف إن قلنا به أي بعدم ملك المنفعة، وكذا المعارة فتجوز مع إذن المالك، ويحتمل أن يكون المعير بالحقيقة هو المالك.

قوله: ﴿جائز التصرّف، فلا تصحّ عارية الغاصب ولا المستعير ولا الصبيّ ولا المجنون ولا المحجور عليه لسفهٍ أو فلسٍ﴾ كما ذكر ذلك كلّه في «التذكرة[5] والتحرير[6]» والوجه فيه ظاهر، لأنّهم ممنوعون من التصرّف، وهو مراد مَن اقتصر على اشتراط جواز التصرّف، لكن في بعض عباراتهم ما ينبغي التنبيه عليه. قال في «الشرائع»: جائز التصرّف، فلا تصحّ إعارة الصبيّ ولا المجنون،

(١ و٦) تحرير الأحكام: في العارية ج ٣ ص ٢١٠.

(٢ و٥) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢٠٩ س ٢٢ ـ ٣١.

(٣) تقدّم في ص ٣٦٨.

(٤) كما في مجمع الفائدة والبرهان: في العارية ج ١٠ ص ٣٥٥.

ولو أذن الوليّ للصبيّ جاز مع مراعاة المصلحة[١]. وقال في «الإرشاد» وإنّما تصحّ من جائز التصرّف، ولو أذن الوليّ للطفل صحّ أن يعير مع المصلحة[٢]، فقد صُرّح فيهما وفي «التحرير[٣] واللمعة[٤]» وغيرها[٥] أنّه يجوز للصبيّ أن يعير إذا أذن له الوليّ. وقيّده في «التحرير» بما إذا كان مميّزاً[٦]، وذلك لأنّ المدار في العارية ونحوها من العقود الجائزة على رضا المالك، وهو هنا الوليّ، فإذنه للصبيّ بمنزلة الإيجاب، والعبرة هنا بإذنه لا بعبارة الصبيّ، فعلى هذا لا فرق بين المميّز وغيره، ولا بينه وبين المجنون، فلا وجه لتخصيص الصبيّ بالذكر، وخصوصاً «الشرائع[٧]» فإنّه ذكرهما فيها أوّلاً وخصّه ثانياً.

وممّا ذُكر يُعرف الفرق بين العقود الجائزة واللازمة، فإنّ الضابط في اللازمة أن تكون بعبارات مخصوصة مقرّرة معتبرة بمعنى أن تكون عن بالغ عاقل، وفي العقود الجائزة مجرّد حصول الإذن ولو خلي عن العبارة بالكلّية، فمناقشة بعضهم[٨] في الفرق وقول آخر[٩] إنّه لا يبعُد أن تُعتبر أقوالهم في العقود اللازمة إذا أذن الوليّ ممّا لا يصغى إليهما. وهذا إذا علم المستعير بإذن الوليّ وإلّا لم يقبل قول الصبيّ في حقّه إلّا أن ينضمّ إليه قرائن تفيد الظنّ المتاخم للعلم به كما صرّح به جماعة[١٠].

(١ و٧) شرائع الإسلام: في العارية ج ٢ ص ١٧١.

(٢) إرشاد الأذهان: في العارية ج ١ ص ٤٣٩.

(٣ و٦) تحرير الأحكام: في العارية ج ٣ ص ٢١٠.

(٤) اللمعة الدمشقية: في العارية ص ١٥٦.

(٥) كرياض المسائل: في العارية ج ٩ ص ١٧٦ و١٧٧.

(٨) كالشهيد الثاني في المسالك: في العارية ج ٥ ص ١٣٦.

(٩) كالمحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٦٤.

(١٠) منهم الشهيد الثاني في الروضة البهية: في العارية ج ٤ ص ٢٥٧، والسيّدعليّ في رياض المسائل: في العارية ج ٩ ص ١٧٧.

وتصحّ من المستأجر ويجوز للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله.

(الثالث) المستعير:

وشرطه أن يكون معيّناً،

[في ان العارية تصح من المستأجر]

قوله: ﴿وتصحّ من المستأجر﴾ كما في «التحرير[1] والتذكرة[2] وجامع المقاصد». وفي الأخيرين: إلّا أن يشترط الانتفاع بنفسه فيحرم. وفي الأخير: إذا أعار حيث يجوز له يجب عليه أن لا يخرج العين من يده[3]. وفيه تأمّل إذا لم يشترط. وفي «التذكرة» أيضاً أنّ الموصى له بخدمة العبد وسكنى الدار يجوز لهما أن يعيراهما[4].

[في جواز استيفاء المستعير المنفعة بنفسه]

قوله: ﴿ويجوز للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله﴾ كما في «التذكرة[5] وجامع المقاصد» ولا يكون ذلك إعارة للوكيل إذا لم تعد المنفعة إليه، واشترط في الأخير أن لا يخرج العين من يده[6].

[في الشروط المعتبرة في المستعير]

قوله: ﴿الثالث: المستعير، وشرطه أن يكون معيّناً﴾ فلو قال له: أعرت أحد هذين لم يصحّ كما في «التذكرة[7] وجامع المقاصد[8]». قال في «التذكرة»: لعدم التعيين، وكلّ واحد لا يتعيّن للإجارة لصلاحيّة الآخر لها، واستباحة منافع الغير لا يكون إلّا بوجه شرعيّ، لأنّ الأصل تحريم منافع الغير على غيره إلّا بإذنه

---

(١) تحرير الأحكام: في العارية ج ٣ ص ٢١٠.

(٢ و٤ و٥ و٧) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢٠٩ س ٢٤ و٢٥ و٣٠ و٣٤.

(٣ و٦ و٨) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٥٨ و٥٩.

أهلاً للتبرّع عليه

ولم يثبت. ولو عمّم المستعير جاز سواء كان التعميم في عدد محصور كقوله: أعرت هذا الكتاب لهؤلاء العشرة أو في عدد غير محصور كقوله: لكلّ الناس أو لأيّ أحدٍ من أشخاص الناس أو لمن دخل الدار. وبالجملة: الكلّي معيّن وإن لم يكن عامّاً كأيّ رجل وأيّ داخل، وأحد الشخصين مجهول [١]، انتهى.

وأنت خبير بأنّ أحد الشخصين محتمل لمعنيين: أحدهما ـ ولعلّه الظاهر ـ أنّ المراد أنّه أعاره لمن أراد الانتفاع به منهما، لأنّه المتبادر والموافق للأصل ـ أعني أصل عدم الإجمال ـ وحمل كلام العاقل على الفائدة وعدم اللغو. والثاني: أنّه أعاره واحداً منهما معيّناً عنده، وهو زيد مثلاً لا غير، وقد أبهمه في العبارة ولم يعيّنه، فكأنّه قال: أحد هذين لا الآخر حتّى يكون مجملاً كالمطلق إذا أطلقه وأراد به معيّناً عنده من دون نصب قرينة، فإن كان أراد هذا المعنى فالأمر كما قال، ويمكن تطبيق التعليل عليه، وقد يدّعى أنّه الظاهر، وإن كان أراد الأوّل كان كما لو قال: أعرته لعالم أو للعالم فيكون مبيّناً لا مجملاً، وكان كقوله: لأيّ أحدٍ من أشخاص الناس، فليتأمّل في أيّهما هو الظاهر.

قوله: ﴿أهلاً للتبرّع عليه﴾ كما في «التذكرة [٢] والتحرير [٣]» لأنّ من الأعيان ما لا يجوز لبعض الناس الانتفاع بها فلا تجوز إعارتها لهم، وذلك مثل الكافر يستعير عبداً مسلماً أو أمةً مسلمة كما في بيع «**جامع المقاصد** [٤] **والمسالك** [٥]». وفي

(١ و ٢) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢٠٩ س ٣٤ و ٣٧.
(٣) تحرير الأحكام: في العارية ج ٣ ص ٢١١.
(٤) جامع المقاصد: في شرائط المتعاقدَين ج ٤ ص ٦٣ ـ ٦٤.
(٥) مسالك الأفهام: في شروط المبيع ج ٣ ص ١٦٧.

بيع «التذكرة[١] ونهاية الإحكام[٢]» تجوز إعارته وإيداعه، إذ ليس ذلك ملك رقبة ولا منفعة ولا حقّ لازم. ونحو ذلك ما في بيع «الإيضاح[٣]». وفي بيع «الكتاب[٤]» أنّ الأقرب جواز الإيداع له والعارية عنده، وقد اختلف الشارحون[٥] في مرجع ضمير «عنده». وفي «حواشي الشهيد[٦]» أنّ الإعارة والإيداع أقوى منعاً أي من الارتهان. واستشكل في «التذكرة والتحرير[٧]» في المقام، قال في الأوّل: في جواز إعارته إشكال ينشأ من جواز إجارته، ومن السلطنة عليه والتسلّط وإثبات السبيل، وقد نفاه الله سبحانه بقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾[٨] بخلاف استيجاره الّذي هو في مقابلة العوض. ثمّ قال: والأقرب الكراهيّة. وقال: وكذا لا يجوز للكافر استعارة المصحف من المسلم وغيره تكرمةً للكتاب العزيز وصيانةً له عمّن لا يرى له حرمة، انتهى فتأمّل في العبارة. وقال: وأمّا استعارة أحاديث النبيّ صلى الله عليه وآله وأحاديث أهل بيته المعصومين عليهم السلام فإنّها مبنيّة على جواز شرائهم لها[٩]. قلت: وقد استشكل في ذلك أيضاً في بيع

(١) تذكرة الفقهاء: في شرائط المتعاقدين ج ١٠ ص ٢٢.
(٢) نهاية الإحكام: في شروط العاقد ج ٢ ص ٤٥٨.
(٣) الموجود في الإيضاح هو بيان وجهي الجواز والمنع، فقال في وجه الجواز بما حكاه عن التحرير والتذكرة، وجاء في وجه المنع بأنّه يستلزم إثبات يد على المسلم، وهو سبيل ممنوع منه، من دون أن يؤيّد أحد الوجهين، فإن كان مراد الشارح بقوله: ونحو ذلك ما في بيع الإيضاح نحو ذلك في عبارة توجيه وجه الجواز فهو، وأمّا إن كان المراد منه هو توافقه لما فيهما من حيث الفتوى فليس فيه منه عين ولا أثر. فراجع إيضاح الفوائد: في المتعاقدَين ج ١ ص ٤١٤.
(٤) قواعد الأحكام: في المتعاقدَين ج ٢ ص ١٧.
(٥) منهم المحقّق في جامع المقاصد: في البيع في المتعاقدَين ج ٤ ص ٦٣ ـ ٦٤، والشهيد الثاني في فوائد القواعد: في البيع ص ٥٢٩، والسيّد عميد الدين في كنز الفوائد: في المتاجر ج ١ ص ٣٨٣.
(٦) الحاشية النجّارية: في البيع ص ٥٧ س ١ ـ ٢ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).
(٧) تحرير الأحكام: في العارية ج ٣ ص ٢١١.
(٨) النساء: ١٤١.
(٩) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢٠٩ س ٣٨.

بعقدٍ يشتمل على إيجاب وقبول، فلا تصحّ استعارة الصبيّ ولا المجنون.

«التذكرة[١] ونهاية الإحكام[٢]» وجوّز ولده في «شرح الإرشاد[٣]» بيع أحاديث النبيّ صلى الله عليه وآله لهم. وعن المحقّق الثاني[٤] أنّها في حكم المصحف.

ثمّ إنّه في «التذكرة[٥]» في المقام حكم بضمان المستعير المحرم الصيد ووجوب إرساله من يده، وحكم مع التلف بالضمان للمالك والجزاء لله سبحانه. وقد يستشكل في ذلك مع علم المالك بأنّ الصيد إذا وقع بيده يجب عليه إرساله فيكون المعير مفوّتاً لماله، وأمّا مع الجهل فينبغي الضمان، لكن يجيء الإشكال في وجوب الإرسال، فإنّه تصرّف في مال الغير وتمام الكلام[٦] عند تعرّض المصنّف له.

قوله: ﴿بعقدٍ يشتمل على إيجاب وقبول، فلا تصحّ استعارة الصبيّ والمجنون﴾ الجارّ صلة للتبرّع، فيكون المعنى أنّ شرط المستعير بصيغةٍ أو بدونها أن يكون ممّن يصحّ أن يعقد معه عقد التبرّع، أعني صيغة العارية، فالصبيّ والمجنون صيغتهما ملغاة، فلا يصحّ إعارتهما بصيغةٍ ولا بدونها، وكذا الكافر فيما لا تجوز إعارته له فإنّه لا يصحّ عقده عليه.

وأمّا الحكم ففي «جامع المقاصد» أنّ المراد أنّه لا يترتّب على الصبيّ والمجنون أحكام العارية لأنّ استيفاءهما المنفعة مضمون عليهما، فلو أعارهما وشرط عليهما

---

(١) المصدر السابق: في شرائط المتعاقدَين ج ١٠ ص ٢٣.
(٢) نهاية الإحكام: في شروط العاقد ج ٢ ص ٤٥٧.
(٣) شرح إرشاد الأذهان للنيلي: في البيع ص ٤٥ س ٢٣.
(٤) لم نعثر على مَن يحكي هذا القول عن المحقّق الثاني ولا عثرنا عليه في كتبه الموجودة لدينا، فراجع وتفحّص لعلك تجده إن شاء الله.
(٥) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢٠٩ س ٤٢.
(٦) يأتي في ص ٣٨٢ ـ ٣٨٦.

(الرابع) المستعار:

وشرطه أن يكون منتفعاً به مع بقائه،

الضمان لم يضمنا إذا لم يتلفا، هكذا ينبغي أن يفسّر هذا وإن لم أظفر في ذلك بشيء بخصوصه[١]، انتهى. قلت: والأمر كما قال في عدم الظفر، لكن تقدّم لنا في الوديعة[٢] فيما إذا استودع الصبيّ ما يفهم منه الحال في المقام وأنّ استيفاءهما المنفعة غير مضمون عليهما، وأنّها لو تلفت بإهمالها لم يضمنا، فلابدّ من مراجعة ذلك.

ويبقى الكلام فيما إذا ادّعى الصبيّ أنّه بالغ فأعاره واستوفى المنفعة وتعدّى القدر الّذي سلّطه عليه أو ما جرت به العادة فهل يضمن جميع المنفعة لأنّه يجري مجرى الإتلاف أو ما زاد عن المعتاد؟ أو لا يضمن أصلاً لأنّه قصّر في حفظ ماله؟ احتمالات.

والظاهر أنّ المحجور عليه للفلس بل للسفه قابل للاستعارة كما في «مجمع البرهان[٣]».

[في الشروط المعتبرة في المستعار]

قوله: ﴿الرابع: المستعار، وشرطه أن يكون منتفعاً به مع بقائه﴾ قد صرّحت عبارات المتأخّرين بذلك «كالشرائع[٤]» وما تأخّر عنها، لكن بعضهم[٥] جعله شرطاً، وبعضهم[٦] جعله ضابطاً، قال في «التذكرة»: المستعار له شرطان كونه

---

(١) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٥٩.

(٢) تقدّم في ص ٢٠٦ ـ ٢٠٧.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٥٨.

(٤) شرائع الإسلام: في العين المعارة ج ٢ ص ١٧٢.

(٥) منهم المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٦٤، والعلّامة في تحرير الأحكام: في العارية ج ٣ ص ٢١١، والشهيد في اللمعة: في العارية ص ١٥٦.

(٦) منهم السيّد عليّ في رياض المسائل: في العارية ج ٩ ص ١٨٣، والبحراني في الحدائق ←

كالثوب للّبس والدابّة للركوب والأرض للزرع والغرس والبناء دون الأطعمة فإنّ منفعتها في استهلاكها.

منتفعاً به مع بقاء عينه وإباحة المنفعة، فكلّما ينتفع به انتفاعاً محلّلاً مع بقاء عينه تصحّ إعارته كالعقارات والدوابّ والعبيد والثياب والأقمشة والأمتعة والصفر والحليّ والفحل للضراب والكلب للصيد والحفظ وأشباه ذلك بلا خلاف[1]، انتهى. وغرضه نفيه بين المسلمين. وفي «الرياض[2]» نفي الخلاف أيضاً. وفي «المبسوط» يجوز استعارة الحيوان الّذي فيه منفعة، وهو إجماع، سواء كان ممّا يجوز إجارته أو لاتجوز[3]. وهذا الحكم بحسب الأصل أو الغالب، وإلّا فسيأتي[4] جواز إعارة المنحة والمستوفى منها أعيان لا منافع كاللبن والصوف والشعر. وقال في «التذكرة» أيضاً: إنّ الإعارة أوسع من الإجارة، فتجوز إعارة الفحل للضراب، ومنع كثير من إجارته، والكلب تجوز إعارته، ولاتجوز إجارته على أحد وجهي الشافعي[5]، انتهى.

قلت إعارة الفحل للضراب مندوب إليها، وقد جاء بها الخبر[6]، واستيجاره للضراب ليس محرّماً عند علمائنا كما في مكاسب «التذكرة[7] ونهاية الإحكام[8]».

قوله: ﴿كالثوب للّبس والدابّة للركوب والأرض للزرع والغرس والبناء، دون الأطعمة فإنّ منفعتها في استهلاكها﴾ أي فلا تصحّ إعارتها

← الناضرة: في العارية ج ٢١ ص ٤٩٢، والسبزواري في كفاية الأحكام: في العارية ج ١ ص ٧٠٥.

(١ و ٥) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١٠ س ٧ و ١٠.

(٢) رياض المسائل: في العارية ج ٩ ص ١٨٣.

(٣) المبسوط: في العارية ج ٣ ص ٥٧.

(٤) سيأتي في ص ٣٩٣ ـ ٣٩٥.

(٦) النهاية لابن الأثير: ج ٣ ص ٢٣٤.

(٧) تذكرة الفقهاء: في بيع عسيب الفحل ج ١٠ ص ٦٧.

(٨) نهاية الإحكام: في بيع عسيب الفحل ج ٢ ص ٥٠٩.

والأقرب جواز إعارة الدراهم والدنانير إن فُرضت لها منفعة حكميّة كالتزيّن بها والضرب على طبعها.

كما طفحت بذلك عبارات المتأخّرين[١] حيث يقولون: لا يجوز أو لا يصحّ إعارة ما لا يمكن الانتفاع به إلّا بإتلافه كالأطعمة والأشربة. ولكن لم يتّضح لنا مرادهم، ولعلّهم أرادوا أنّه حيث يقول له: أعرتك هذا الرغيف مثلاً أو هذا الماء أنّه لا يصحّ له ولا يجوز أن ينتفع به في الأكل أو الشرب بمجرّد لفظ الإعارة، إذ لا دلالة فيه على الرضا بالإتلاف بشيءٍ من الدلالات، لا في العُرف ولا في اللغة، لأنّه إنّما يدلّ فيهما على ما ينتفع به مع بقاء عينه، فكان معنى «لا تصحّ إعارتها ولا تجوز» أنّه لا يصحّ إتلافها والتصرّف بها وأنّ إعارتها فاسدة لا تفيد شيئاً. نعم إن ظهر من المعير الرضا بإتلاف العين بقوله: أعرتك كأن ضمّ إليه قرينة واضحة كان هبةً أو إباحةً. وستسمع ما سنذكره[٢] في إعارة الدراهم ممّا يقضي بجواز إعارة الأطعمة والأشربة بالمعنى المتعارف.

قوله: ﴿والأقرب جواز إعارة الدراهم والدنانير إن فُرضت لها منفعة حكميّة كالتزيّن بها والضرب على طبعها﴾ قال في «المقنع»: ليس على مستعير عارية ضمان إلّا أن يشترط، إلّا الذهب والفضّة فإنّهما مضمونان شرط أو لم يشترط[٣] وهذا بإطلاقه يقضي بتسويغ إعارة الدراهم والدنانير. ومثله ما في «النهاية[٤] والمبسوط[٥]». وقال في «المقنعة»: ليس على المستعير ضمان إلّا أن

---

(١) منهم السيّد عليّ في رياض المسائل: في العارية ج ٩ ص ١٨٣، والبحراني في الحدائق الناضرة: في العارية في العين المعارة ج ٢١ ص ٤٩٣، والشهيد الثاني في الروضة البهية: في العارية ج ٤ ص ٢٥٧ ـ ٢٥٨.

(٢) سيأتي في الصفحة الآتية وفي ص ٣٨٢ وفي ص ٤٣٠ ما يدلّ على إعارة الدراهم والدنانير بالمنفعة كالتزيّن أو لجذب القلوب ونحوهما.

(٣) المقنع: في العارية ... ص ٣٨٦.

(٤) النهاية: في العارية ص ٤٣٨.

(٥) المبسوط: في العارية ج ٣ ص ٤٩.

يكون ورقاً أو عيناً[١]. ومثله ما في «المراسم[٢] والوسيلة[٣] والغنية[٤] والسرائر[٥]» وغيرها[٦]. والورق العين المضروبة بل في «الوسيلة» ذكر الثمن.

والحاصل: أنّ كتب الأصحاب من «المقنع» إلى «الرياض[٧]» مصرّحة بأنّ الذهب والفضة والدراهم والدنانير ممّا تُعار، مضافاً إلى الإجماعات المحكيّة[٨] والأخبار[٩] الواردة بأنّهما ـ أي الدراهم والدنانير ـ مضمونان، فلا معنى لقوله «الأقرب» لأنّ الحكم معلوم مقطوع به. وحاول في «الإيضاح» الاعتذار عنه، قال: اعلم أنّ الشيخ في المبسوط والخلاف جوّز إجارة الدراهم، وعلّل بجواز الانتفاع مع بقاء عينها، ويلزم من قوله وتعليله جواز إعارتها. ومنع ابن إدريس من إجارتها، لأنّها لا منفعة لها إلّا باستهلاك عينها، ويلزم من تعليله منع العارية[١٠].

قلت: قد سمعت كلام الشيخ في عارية «المبسوط» فلا حاجة بنا إلى ما يلزم من كلامه في الإجارة وكلام ابن إدريس في عارية «السرائر» وما ذكر في إجارتها إنّما كان منه بعد موافقة القوم في أوّل كلامه.

واعترض على الكتاب في «جامع المقاصد» بأنّه إذا كان لها منفعة كما فرضت

---

(١) المقنعة: في العارية ص ٦٣٠.

(٢) المراسم: في العارية ص ١٩٤.

(٣) الوسيلة: في العارية ص ٢٧٦.

(٤) غنية النزوع: في العارية ص ٢٧٦.

(٥) السرائر: في العارية ج ٢ ص ٤٣٠.

(٦) كالكفاية: في العارية ج ١ ص ٧٠٨.

(٧) رياض المسائل: في العارية ج ٩ ص ١٨٠.

(٨) كما في مفاتيح الشرائع: في العارية ج ٣ ص ١٦٨، وغنية النزوع: في العارية ص ٢٧٦، ومسالك الأفهام: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٥٥.

(٩) وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب العارية ج ١٣ ص ٢٣٩.

(١٠) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٢٥.

(الخامس) إباحة المنفعة:

فليس للمحرم استعارة الصيد من محرم ولا من مُحِلّ، فإن أمسكه ضمنه للمُحِلّ وإن لم يشترط عليه

كان المقتضي موجوداً ولا مانع فلا وجه للمنع، فلا يحسن قوله «والأقرب» حينئذٍ. وقال: كان عليه أن يترك قوله «إن فرضت ... إلى آخره» ليكون وجه المنع ضعف هذه المنفعة وكون المنفعة المقصودة منها غالباً في الإنفاق والإخراج، وذلك منافٍ للعارية. قال: ويردّه أنّ إرادة المنفعة الضعيفة بخصوصها ينفي ما ذكر[1]، انتهى فتأمّل فيه.

ومعنى كلامه الأخير أنّه إذا صرّح في الإعارة بالمنفعة الضعيفة بأن يقول: أعرنيها لأتزيّن بها أو لأرهنها أو لأجذب قلوب الناس إلى معاملتي والركون إليّ حيث يجعل تلك المنفعة مقصداً عظيماً له وإن ضعفت انتفت المنافاة. وقد نبّه على ذلك كلّه في «التذكرة[2]». لكن يرد عليه أنّ ذلك يجري في إعارة الأطعمة والأشربة والحنطة والشعير وغير ذلك، وقد سمعت[3] ما قالوه في الأطعمة، فليلحظ.

[في منع استعارة المحرم الصيد أو أعارته منه]

قوله: ﴿الخامس: إباحة المنفعة، فليس للمحرم استعارة الصيد من محرم ولا من مُحِلّ، فإن أمسكه ضمنه للمُحِلّ وإن لم يشترط

---

(١) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٥٩.

(٢) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١٠ س ٢٥.

(٣) تقدّم في ص ٣٧٩ ـ ٣٨١.

عليه﴾ كما في «الشرائع[1] والتذكرة[2] والتحرير[3]» وما يأتي[4] من «الكتاب» في فصل الأحكام، وكذلك «الإرشاد[5]» وكأنّهما قصدا به الردّ على الشيخ في «المبسوط» حيث قال: ضمنه للمحلّ بشرط الضمان[6] وكأنّه غير بعيد عن الاعتبار، لأنّه إذا علم أنّ الصيد إذا وقع بيد المحرم يجب عليه إرساله كان مفوّتاً لماله.

ووجه ما قاله المصنّف أنّه من باب الأسباب، فكان كمن أعطى ماله لمن يعلم أنّه يتلفه فإنّه يضمنه وقد استدلّ (يستدلّ ـ خ ل) عليه بإطلاق النصوص[7] أنّ المحرم لو أتلف صيداً مملوكاً فعليه ضمانه لمالكه. وفي «المبسوط[8] والتذكرة[9] والتحرير[10]» أنّه إن تلف في يده ضمن قيمته لصاحبه المحلّ والجزاء لله سبحانه وتعالى، وهو قضيّة كلام «الكتاب والشرائع[11]».

ويشكل في الأوّل، لأنّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، ولا يتّجه الاستدلال بالإطلاق المذكور على تقدير تسليم تناوله له لأنّه معارض بالنصّ الصحيح[12] الدالّ على أنّ العارية غير مضمونة، وهو يشمل الصحيحة والفاسدة، وإن أمكن تخصيص هذا بغير الصيد أمكن تخصيص الإطلاق بالصيد المأخوذ من غير إذن. ويمكن أن يقال[13]: إنّ أمر الصيد غليظ جدّاً فربّما وجب ضمانه للمالك

(١) شرائع الإسلام: في العارية ج ٢ ص ١٧٢.
(٢ و٩) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢٠٩ س ٤١ ـ ٤٢.
(٣ و١٠) تحرير الأحكام: في العارية ج ٣ ص ٢١١.
(٤) سيأتي في ص ٤٣٩.
(٥) إرشاد الاذهان: في العارية ج ١ ص ٤٣٩.
(٦ و٨) المبسوط: في العارية ج ٣ ص ٥٧.
(٧) وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب العارية ج ١٣ ص ٢٤٠.
(١١) شرائع الإسلام: في العارية ج ٢ ص ١٧٢.
(١٢) وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب العارية ج ١٣ ص ٢٣٥ ـ ٢٣٧.
(١٣) ذكره المحقّق الكركي في جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٦١.

ولو كان في يد محرم فاستعاره مُحِلّ جاز لزوال ملك المحرم عنه بالإحرام، كما يأخذ من الصيد ما ليس بملك.

تغليظاً، فكانت أخبار العارية مخصّصة بغير الصيد.

ثمّ إنّ قضيّة كلام الشيخ في «المبسوط [1]» والمحقّق في «الشرائع [2]» والمصنّف في «الكتاب والتحرير [3]» وصريح «التذكرة [4]» أنّه ـ أي المحرم ـ إذا قبضه من المالك وجب عليه إرساله وضمن للمالك قيمته.

وفيه: أنّه يشكل الحكم بوجوب إتلاف مال الغير، وحقّ الآدمي مقدّم على حقّ الله سبحانه كما هو مقرّر، فينبغي ردّه على مالكه وضمان الجزاء كما ذكره أخيراً في «التذكرة [5]».

وقد يقال [6]: لمّا كان أمر الصيد غليظاً قدّم في المقام حقّ الله سبحانه على حقّ الناس، فليلحظ ذلك، فإنّي لم أجد من تأمّل في الأمرين غير المحقّق الثاني [7] والشهيد الثاني [8] والمقدّس الأردبيلي [9]، وقد قال الأوّل: إنّه لم يظفر إلى الآن بمخالف، وترتيبهم الحكم على المحرم المستعير لأنّه المباشر والمعير معين.

قوله: ﴿ولو كان في يد محرم فاستعاره مُحِلّ جاز لزوال ملك المحرم عنه بالإحرام كما يأخذ من الصيد ما ليس بملك﴾ كما ذكر

---

(١) المبسوط: في العارية ج ٣ ص ٥٧.

(٢) شرائع الإسلام: في العارية ج ٢ ص ١٧٢.

(٣) تحرير الأحكام: في العارية وأركانها ج ٣ ص ٢١١.

(٤ و٥) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢٠٩ س ٤٢ و٤٣.

(٦) كما في الحدائق: في شروط المعير والمستعير ج ٢١ ص ٤٨٩.

(٧) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٦٠.

(٨) مسالك الأفهام: في العارية ج ٥ ص ١٤٠.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٥٨ و٣٧٥.

ذلك كلّه في «الشرائع[١]» وكذلك «الإرشاد[٢]» وقد اعترضهما المحقّق الثاني[٣] والشهيد الثاني[٤] والمقدّس الأردبيلي[٥] بأنّ المعار شرطه كونه ملكاً للمعير، وهو هنا منتفٍ لمكان زوال ملكه، وبأنّ تسليمه للمحلّ إعانة على الصيد وإثبات سلطنة للغير عليه وهو محرم على المحرم فلا يناسبه الجواز، وبأنّه يحرم قبوله من المحلّ لإعانته على الإثم.

قلت: من المعلوم أنّ ذلك إنّما هو إذا كان المحرم في الحلّ والصيد في الحلّ وأن ليس هناك إلّا صورة عارية، فالغرض من الجواز صحّة تملّك المحل له وأنّه لاشيء للمحرم عليه وإن فعل حراماً بالإعانة كما نبّه عليه فخرالإسلام في «شرح الإرشاد[٦]» بل قد لا نقول: إنّ ذلك إعانة بل نوع اكتساب، بل قد يكون على بعض الوجوه إعانة على فعل الخير كما إذا كان مصرّاً على إبقائه في يده أو أكله.

وقال في «التذكرة»: لو كان الصيد في يد محرم فاستعاره المحلّ، فإن قلنا: إنّ المحرم يزول ملكه عن الصيد فلا قيمة له على المحلّ، لأنّه أعاره ما ليس ملكاً له، وعلى المحرم الجزاء لو تلف في يد المحلّ لتعدّيه بالإعارة فإنّه كان يجب عليه الإرسال[٧]. ومثله قال في الفرع الأوّل فيما يأتي من الكتاب[٨]، إذ المراد بالضمان ضمان الجزاء، فقد وسم المحرم في الكتابين بالتعدّي ولم يسمّ المحلّ بأنّه معين

(١) شرائع الإسلام: في العارية ج ٢ ص ١٧٢.
(٢) إرشاد الأذهان: في العارية ج ١ ص ٤٣٩.
(٣) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٦١.
(٤) مسالك الأفهام: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٤٠.
(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٧٧ ـ ٣٧٨.
(٦) شرح الإرشاد للنيلي: في العارية ص ٦٥ س ٤.
(٧) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١٠ السطر الأوّل.
(٨) سيأتي في ص ٣٨٨.

ولا يجوز استعارة الجواري للاستمتاع

على الإثم، فتأمّل. ولقائل أن يقول[١]: إنّه صار مثل صيد الحرم، وفيه تأمّل. وقال في «التذكرة»: وإن قلنا: ملكه لا يزول صحّت الإعارة، وعلى المحلّ القيمة لو تلف الصيد عنده[٢]. وقد اعترض كلامه هذا في «جامع المقاصد» بأنّ صحّة الإعارة مع وجوب الإرسال ورفع السلطنة عنه مشكل وإثبات القيمة أشكل، لأنّ العارية تقتضي عدم الضمان إلّا أن يراد بالقيمة الجزاء لله سبحانه[٣].

قلت: إن كان الصيد تلف عند المحلّ في الحلّ كما هو المفروض في عبارة التذكرة وغيرها فلا شيء عليه. ولعلّ صحّة الإعارة لأنّ الأمر بالشيء لا يقتضي النهي عن ضدّه الخاصّ عنده، فتأمّل جيداً، لأنّه يمكن أن يقال: إنّهما نقيضان كالحركة والسكون، أو أنّ النهي في المعاملة لا يفسدها، أو أنّه لأمرٍ خارج عنها كالبيع وقت النداء، لأنّ المنفعة مباحة للمحلّ وأهل للتبرّع عليه بالعقد، لكنّ القول بأنّهما نقيضان يهدم ذلك.

وليعلم أنّ المقدّس الأردبيلي أخذ يتأوّل الجواز في عبارة الإرشاد بتأويلات بعضها بعيد عنها، ثمّ حمل المعير على ما إذا كان جاهلاً أو كان غائباً عنه والصيد محبوس في ملكه أو في غيره أو في يد وكيله ولم يعلم الوكيل أي بإحرامه، فقال المحلّ: أعرني ـ يعني أعطني ـ أنتفع به فأخذه. قال: وسمّاها استعارة للاشتراك في الفائدة[٤].

[حكم إعارة الجواري]

قوله: ﴿ولا يجوز استعارة الجواري للاستمتاع﴾ كما في «المبسوط[٥]

(١ و ٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٧٨.
(٢) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١٠ السطر الثاني.
(٣) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٦١.
(٥) المبسوط: في العارية ج ٣ ص ٥٧.

ويجوز للخدمة وإن كان المستعير أجنبيّاً.

والتذكرة[١] والتحرير[٢] وجامع المقاصد[٣] والمسالك» وفي الأخير الإجماع عليه[٤]. وظاهره أنّه إجماع من الخاصّة والعامّة، لكن قال في «التذكرة»: لايجوز استعارة الجواري على الأشهر[٥] وكأنّه يشير إلى ما حكاه في «المبسوط» عن مالك حيث قال بجواز ذلك[٦]. وقال في «الشرائع[٧]»: ولا يستباح وطء الأمة بالعارية. وقد يعطي ذلك جواز التقبيل واللمس، فتأمّل.

قوله: ﴿ويجوز للخدمة وإن كان المستعير أجنبيّاً﴾ كما نصّ عليه في «المبسوط[٨] والشرائع[٩] والتذكرة[١٠] وجامع المقاصد[١١] والمسالك[١٢]» وفي الأخير: أنّه لا خلاف عندنا في جواز عارية الجارية للخدمة سواء كانت حسنة أو قبيحة، وسواء كان المستعير أجنبيّاً أم محرماً، لكن يكره إعارتها للأجنبي وتتأكّد الكراهة إذا كانت حسناء خوف الفتنة، انتهى. وتتأكّد كراهيّة إعارة الشابّة لمن لا يوثق به، صرّح به في «التذكرة[١٣] وجامع المقاصد[١٤]» وظاهر الأخير الإجماع عليه. ولم يذكر تأكّدها فيها في «المبسوط». وحكي[١٥] عن الشافعي المنع من إعارتها ـ أي الشابّة ـ للخدمة عند مَن لا يوثق به. وفي «المبسوط» وإن كانت عجوزاً جاز بلا خلاف[١٦].

(١ و٥ و١٠ و١٣) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١٠ س ٣٨ ـ ٤٠.
(٢) تحرير الأحكام: في العارية وأركانها ج ٣ ص ٢١١.
(٣ و١١ و١٤) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٦٢.
(٤ و١٢) مسالك الأفهام: في العارية ج ٥ ص ١٤٥.
(٦ و٨ و١٦) المبسوط: في العارية ج ٣ ص ٥٧.
(٧ و٩) شرائع الإسلام: في العارية ج ٢ ص ١٧٣.
(١٥) حكاه العلّامة في التذكرة: في العارية ج ٢ ص ٢١٠ س ٤١.

ويُكره استعارة الأبوين للخدمة، وتستحبّ للترفّه.

ويحرم إعارة العبد المسلم من الكافر.

فـروع

الأوّل: لو تلف الصيد عند المُحِلّ المستعير من المحرم لم يضمنه المُحِلّ لزوال ملك المحرم بالإحرام، وعلى المحرم الضمان، لأنّه تعدّى بالإعارة لما يجب إرساله.

الثاني: لو قال: أعرتك حماري لتعيرني فرسك فالأقرب الجواز،

قوله: ﴿ويكره استعارة الأبوين للخدمة، وتستحبّ للترفّه﴾ كما في «المبسوط[1] والتذكرة[2] والتحرير[3]» والوجه في الحكمين واضح.

قوله: ﴿ويحرم إعارة العبد المسلم من الكافر﴾ قد تقدّم[4] الكلام فيه آنفاً.

قوله: ﴿فروع، الأوّل: لو تلف الصيد عند المُحِلّ المستعير من المحرم لم يضمنهُ المُحِلّ لزوال ملك المحرم بالإحرام، وعلى المحرم الضمان، لأنّه تعدّى بالإعارة لما يجب إرساله﴾ قد تقدّم[5] الكلام فيه أيضاً بما لا مزيد عليه.

قوله: ﴿لو قال: أعرتك حماري لتعيرني فرسك فالأقرب الجواز﴾ كما في «التذكرة[6] والإيضاح[7] وجامع المقاصد» قال في الأخير: لوجود

---

(١) المبسوط: في العارية ج ٣ ص ٥٧.

(٢) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١٠ س ٤٢.

(٣) تحرير الأحكام: في العارية وأركانها ج ٣ ص ٢١١.

(٤) تقدّم في ص ٣٧٥ ـ ٣٧٨.

(٥) تقدّم في ص ٣٨٢ ـ ٣٨٦.

(٦) تذكرة الفقهاء: في العادية ج ٢ ص ٢١١ س ١٣.

(٧) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٢٥ ـ ١٢٦.

المقتضي وانتفاء المانع، لأنّ المذكور شرط لا عوض، ولا ريب أنّ العارية عقد يقبل الشرط الّذي لا ينافي مقتضاه، وليس الشرط عوضاً، إنّما العوض ما جعل مقابلاً كهذا بهذا[1]. قلت: هذا تفصيل ما أجمله في «التذكرة» ونحوه ما في «الإيضاح» من أنّه شرط وليس بعوض، لأنّ المقتضي للعوضين عقد واحد وهنا ليس كذلك[2]، انتهى فتأمّل فيه، ولعلّه أراد بالعقد الواحد ما إذا قال له: أعرتك بدرهم، وبالعقدين ما إذا قال له: أعرتك لتعيرني.

وقد تقدّم[3] لنا أنّ هذا شرط ينافي مقتضى العقد، ثمّ إنّهم قد قالوا[4] في باب شروط البيع: إنّ الشرط داخل في أحد العوضين، وقالوا[5] في مواضع: إنّه جزء من الثمن ورتّبوا على ذلك ما رتّبوا، لكن قد يقال[6]: إنّ هذا ليس من ذاك، ونظرهم في المقام إلى ما قالوه[7] في باب القرض بشرط البيع محاباة من أنّه لو قال له: أقرضتك هذه المائة درهم بشرط أن تزيدني خمسين درهماً كان حراماً ورباً، لأنّ الزيادة جاء بها العقد بنفسه. وأنّه لو قال له: أقرضتك هذه المائة بشرط أن تبيعني دارك الّتي تساوي مائة بخمسين فلا ربا، لأنّ هذه الزيادة جاءت بواسطة عقد آخر

---

(١) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٦٣.

(٢) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٢٥ ـ ١٢٦.

(٣) تقدّم منه هذا الكلام في موارد متعدّدة منها في ص ٣٦٩ و٣٨٢.

(٤) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في شرط عقد البيع ج ٤ ص ٤١٨، والشهيد الثاني في حاشية الإرشاد (غاية المراد): ج ٢ ص ٣٧، والوحيد البهبهاني في حاشية المجمع: ج ١٣ في عقد البيع ص ٧٣، وفي أركان المزارعة ص ٥٢١.

(٥) منهم العلّامة في مختلف الشيعة: في شروط البيع ج ٥ ص ٢٩٨، والسيوري في التنقيح الرائع: ج ٢ ص ٧٠، وصاحب المدارك في نهاية المرام: في مهور النكاح ج ١ ص ٤٠٣.

(٦) القائل هو فخرالإسلام في إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٢٦.

(٧) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الدَين والقرض ج ٥ ص ٢٣، والسيّدعليّ في رياض المسائل: في القرض ج ٨ ص ٤٧٣ ـ ٤٧٤، والشهيد في الدروس الشرعية: في القرض ج ٣ ص ٣١٨.

لكن لا يجب، وليس على واحدٍ منهما أُجرة، أمّا لو لم يعر الثاني فالأقرب الأُجرة.

وما نحن فيه من هذا القبيل، فإنّه إذا قال له: أعرتك بدرهم فالعوض جاء به العقد الواحد. وإذا قال له: أعرتك بشرط أن تعيرني، فقد جاء العوض بواسطة عقد آخر، فليلحظ [١] ذلك في باب القرض.

وفي نسختين من «التحرير» أنّه لو قال: آجرتك حماري لتعيرني فرسك فالأقرب الجواز [٢]. ويحتمل أن يكون أراد جواز الإجارة، ويمكن توجيهه بوجوه، وأن يكون أراد جواز الإعارة، ويحتمل أن يكون «آجرتك» من سهو النسّاخ أثبتوها مكان «أعرتك» وقد تقدّم [٣] في الكلام على التعريف ما له نفعٌ في المقام.

قوله: ﴿لكن لا يجب﴾ أي لا يجب على المستعير عارية ما اشترطه المعير كما في «التذكرة [٤] وجامع المقاصد [٥]» للأصل وانتفاء المقتضي.

قوله: ﴿وليس على واحدٍ منهما أُجرة﴾ أي للآخر، لأنّ بناء العارية على التبرّع.

قوله: ﴿أمّا لو لم يعر الثاني فالأقرب الأُجرة﴾ كما في «التذكرة [٦] والإيضاح [٧] وجامع المقاصد [٨]». قال في «التذكرة»: لأنّ الإذن في الانتفاع لم يقع مطلقاً بل مع سلامة النفع أي الشرط، فإذا لم يسلم كان له المطالبة بالعوض. ووجّهه في «الإيضاح» بأنّ كلّ شرط صحّ في عقد يثبت الفسخ بفواته، فإذا فسخت العارية انتفى مبيح العين بغير عوض فوجبت الأُجرة، وهذا إن تمّ فإنّما يؤثّر فيما سيأتي،

---

(١) تقدّم في باب القرض ج ١٥ ص ١٢١.

(٢) تحرير الأحكام: في العارية وأركانها ج ٣ ص ٢١١، والنسخة الثانية لاتوجد لدينا.

(٣) تقدّم في ص ٣٦٧ ـ ٣٧٠.

(٤ و٦) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١١ س ٢١ و٢٢.

(٥ و٨) جامع المقاصد: في العارية ج٦ ص٦٣. (٧) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص١٢٦.

ولو قال: أعرتك الدابّة بعلفها فهي إجارة فاسدة تقتضي أُجرة المثل، وكذا: أعرتك الدابّة بعشرة دراهم.

أمّا ما سبق من الانتفاع قبل الفسخ فلا. وقد أطال في «جامع المقاصد» في تحقيق ذلك، ولكن المولى الأردبيلي قال إنّه لم يعرفه تحقيقاً[1]. وهو كذلك على الظاهر، وحاصله: أنّ عقد العارية في غاية الضعف، لأنّه يعوّل في العقد فيها على قرائن الأحوال، كظروف الهدايا، وثمرته في غاية الضعف، لأنّه مجرّد إباحة، فتنتفي ثمرته بأدنى سبب وهو انتفاء الشرط، لا أنّ انتفاءه يسلّط على الفسخ كما في العقد اللازم القويّ، ولعلّ التحقيق أنّ المطلوب في العقود التمليك مثلاً واللزوم، فانتفاءالشرط يسلّط على فسخ اللزوم، ولا كذلك العارية، فإنّ المطلوب فيها مجرّد الإباحة، فالشرط فيها شرط للإباحة، فإذا انتفى انتفت. ولعلّه أراده ولم يحرّره.

فرع: قال: في «التحرير» لو قال: اغسل ثوبي فهو استعارة لبدنه إن كان ممّا لا يؤخذ عليه أُجرة[2].

[فيما لو قال: اعرتك الدابّة بعلفها أو بعشرة]

قوله: ﴿لو قال: أعرتك الدابّة بعلفها فهي إجارة فاسدة تقتضي أُجرة المثل، وكذا: أعرتك الدابّة بعشرة دراهم﴾ فرض الأُولى فيما إذا كان العوض والمدّة مجهولين، والثانية فيما إذا كان المدّة مجهولة، ولم يستجود في «التذكرة» كونها إجارة فاسدة، وفي كلامه بعد ذلك ما يقضي بأنّها عارية صحيحة. قال في «التذكرة»: له الانتفاع فيهما بالإذن ولا تضرّ الجهالة في العوض ولا في المدّة، لكونها من العقود الجائزة[3].

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٥٠.
(٢) تحرير الأحكام: في العارية وأركانها ج ٣ ص ٢١١.
(٣) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١١ س ١٥ ـ ١٦.

قلت: المضاربة والوكالة والهبة من العقود الجائزة، وقد قالوا [١]: لا تصحّ المضاربة على المجهول، واشترطوا [٢] في الموكّل فيه أن يكون معلوماً نوعاً من العلم، وقالوا [٣]: لا تصحّ هبة المجهول، وقد يفرّق بينه (بينها ـ خ ل) وبين العارية، فإنّ ما اشترط فيه العلم في هذه أركان فيها. وفيه: أنّ من أركان العارية ما لا يشترط فيه العلم، فيصحّ أن يعيره أحد ما في الإصطبل من الدوابّ.

وكيف كان، فمراده في «التذكرة» أنّ من العقود الجائزة ما لا يشترط فيها ولا فيما يشترط فيها ما يشترط في اللازمة. وما يشترط فيها وليس ما نحن فيه من المعاطاة في العارية، لأنّ معاطاتها لا تزيد عليها ولا فارق بينهما إلّا الصيغة وعدمها. فينبغي أن تكون إعارة فاسدة، وهو أحد وجهي الشافعيّة [٤] فليس عليه ضمان، لأنّها لا يضمن بصحيحها وعليه أُجرة المثل، لأنّ المالك لم يبذل المنفعة مجّاناً بل بعوض، فإذا فات لفساد العقد وجبت أُجرة المثل.

وأمّا كونها عارية فاسدة فلأنّ الأصل في اللفظ أن يكون حقيقة، وكونها مجازاً في الإجارة حتّى تكون إجارة فاسدة يحتاج إلى دليل، ومع ذلك فالعقود بالقصود، ومع قصد العارية باللفظ كيف يكون إجارة.

وفي «جامع المقاصد» أنّ التحقيق أن يقال: إن أراد المصنّف بقوله: «فهي إجارة فاسدة» أنّها كذلك من حيث المعنى لكون المنفعة مقابلة بعوض، ومن حيث الحكم باعتبار وجوب أُجرة المثل، إذ المالك لم يبذل المنفعة مجّاناً وامتناع معنى العارية

---

(١) منهم المصنّف في قواعد الأحكام: في المضاربة ج ٢ ص ٣٣٤، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في القراض ج ٨ ص ٧١، والقاضي في المهذّب: في المضاربة ج ١ ص ٤٦١.

(٢) منهم المصنّف في قواعد الأحكام: في الوكالة وأركانها ج ٢ ص ٣٥٥، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الوكالة ج ٨ ص ٢٢٠ ـ ٢٢١، والسيّدعليّ في رياض المسائل: في الوكالة ج ٩ ص ٢٤٨.

(٣) منهم العلّامة في تحرير الأحكام: في الهبة ج ٣ ص ٢٧٧، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الهبة ج ٩ ص ١٤٤، والشهيد في الدروس: ج ٢ ص ٢٩٢.

(٤) كفاية الأخيار للحصني الشافعي: في العارية ص ١٨١.

الثالث: لو أذن الوليّ للصبيّ في الإعارة جاز مع المصلحة.
الرابع: تجوز استعارة الفحل للضراب والكلب للصيد والسنّور والفهد،

لانتفاء التبرّع بالمنفعة الّذي مدار العارية عليه، فهو حقّ[١]. قلت: الممتنع إنّما هو معنى العارية الصحيحة لا الفاسدة. وقال: وإن أراد أنّ لفظ العارية مراد به الإجارة البتّة ولا يقع على هذا العقد اسم العارية الفاسدة فليس كذلك، ومن أين يعلم هذا، والأصل في الاستعمال الحقيقة؟ نعم شبهه بالإجارة الفاسدة أكثر، فلعلّ المصنّف أراد هذا المعنى، فيندفع الإشكال عن كلامه[٢]، انتهى. وليعلم أنّه قد ذهب في «الشرائع[٣]» إلى جواز الإجارة بلفظ العارية.

[فيما لو أذن الوليّ للصبي في الإعارة]

قوله: ﴿الثالث: لو أذن الوليّ للصبيّ في الإعارة جاز مع المصلحة﴾ لا شكّ في الجواز مع المصلحة، والعبرة بإذن الوليّ لا بعبارة الصبيّ.

[حكم استعارة فحل الضراب وما يُصاد به]

قوله: ﴿وتجوز استعارة الفحل للضراب والكلب للصيد والسنّور والفهد﴾ قد تقدّم الكلام[٤] في ذلك.

[في استعارة الشاة للحلب]

قوله: ﴿واستعارة الشاة للحلب﴾ إجماعاً كما في «المسالك[٥]» على تأمّل

(١ و٢) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٦٥.
(٣) شرائع الإسلام: في الإجارة ج ٢ ص ١٧٩.
(٤) تقدّم في ص ٣٧٩. (٥) مسالك الأفهام: في شرائط المعار ج ٥ ص ١٤٥.

واستعارة الشاة للحلب وهي المِنحة، وله الرجوع في اللبن مع وجوده عنده،

له في تحقّقه و«مجمع البرهان[١] والمفاتيح[٢]» وفي موضع آخر من «مجمع البرهان» كأنّه لاخلاف فيه[٣]. وفي «الكفاية[٤]» وموضع آخر من «مجمع البرهان» الظاهر أنّهُ لاخلاف فيه[٥]. وقد أخذه جماعة[٦] من باب الإجارة مسلّماً وظاهرهم أنّه إجماعي، وبالحكم صرّح في «المبسوط[٧] والشرائع[٨] والتذكرة[٩] والتحرير[١٠] وجامع المقاصد[١١] والمسالك[١٢] والكفاية[١٣] ومجمع البرهان» قال في الأخير: لأنّه لا مانع منه عقلاً ولا نقلاً، والأصل الجواز، وتسلّط المالك على ملكه، فله أن يسلّط غيره عليه بالانتفاع به، ولأنّه بمنزلة الوكالة في الانتفاع، ولأنّه قد وجد جميع شرائط صحّتها فتوجد ضرورة، ولأنّه قد يحتاج إليها فشرعها يناسب الشريعة السمحة والحكمة، ولعموم أدلّة العقود[١٤]، انتهى فتأمّل.

واستدلّ عليه في «التذكرة[١٥]» بما روي عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه قال: «العارية مؤدّاة والمنحة مردودة والدَين مقضي والزعيم غارم والمنحة هي الشاة»[١٦].

(١ و٣ و٥ و١٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٦٦ ـ ٣٦٨.
(٢) مفاتيح الشرائع: في ما يشترط في المستعار ج ٣ ص ١٦٧.
(٤ و١٣) كفاية الأحكام: في العارية ج ١ ص ٧٠٦.
(٦) كما في التنقيح الرائع: في الإجارة ج ٢ ص ٢٥٨، وحاشية المجمع: ج ١٣ ص ٤٨١ و٥٧٨.
(٧) المبسوط: في العارية ج ٣ ص ٥٨. (٨) شرائع الإسلام: في العارية ج ٢ ص ١٧٣.
(٩ و١٥) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١٠ س ١١ و١٣.
(١٠) تحرير الأحكام: في العارية وأركانها ج ٣ ص ٢١١.
(١١) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٦٦.
(١٢) مسالك الأفهام: في شرائط المعار ج ٥ ص ١٤٥.
(١٦) عوالي اللآلي: في الوديعة ج ٣ ص ٢٥٢ ح ٨، ومسند أحمد بن حنبل: ج ٥ ص ٢٦٧ و٢٩٣.

وكذا غيرها.

ويأتي تمام الكلام[١].

ولقد أغرب في «الغنية» قال في باب الهبة: ومَن منح غيره ناقة أو بقرة أو شاة لينتفع بها مدّة لزمه الوفاء بذلك إذا قصد به وجه الله تعالى[٢].

قوله: ﴿وكذا غيرها﴾ أي يجوز استعارة غير الشاة للحلب من الأنعام وغيرها، وعدّاه في التذكرة إلى غير اللبن من الصوف والشعر، قال في «التذكرة»: تجوز إعارة الغنم للصوف والشعر. واستدلّ عليه بأنّ الحكمة تقتضيه، وبما رواه العامّة، وهو ما سمعته من الخبر النبويّ، وبما رواه الخاصّة عن الحلبي في الحسن عن الصادق عليه‌السلام في الرجل يكون له الغنم يعطيها بضريبة سنة شيئاً معلوماً أو دراهم معلومة من كلّ شاة كذا وكذا، قال: لا بأس بالدراهم، ولست اُحبّ أن يكون بالسمن[٣]. وعن عبدالله بن سنان في الصحيح أنّه سئل الصادق عليه‌السلام عن رجل دفع إلى رجل غنمه بسمن ودراهم معلومة لكلّ شاة كذا وكذا في كلّ شهر، قال: لا بأس بالدراهم، فأمّا السمن فلا اُحبّ ذلك، إلّا أن تكون حوالب فلا بأس[٤]. قال: وإذا جاز ذلك مع العوض فبدونه أولى[٥]. ومراده إذا جاز إعطاء اللبن بالسمن والدراهم فإعطاؤه بدون ذلك أولى. وليس مراده ما ذكره في «مجمع البرهان» بعد نقل كلامه من أنّه إذا جاز جعل اللبن عوضاً لعمل الراعي من الرعي والحفظ فإعطاؤه بلا عوض يكون جائزاً بالطريق الأولى[٦]. وأكثر ما حكيناه عن «مجمع البرهان» ممّا

---

(١) لم يأت ﷺ بكلام فيما بعد يكون متمّماً لهذا البحث إلّا ما يمكن أن يكون فيه الإشارة إلى ذلك من ص ٤٤٧ في مسألة ما لو استعار من الغاصب، فراجع وتأمّل.

(٢) غنية النزوع: في الهبة ص ٣٠١.

(٣ و ٤) وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب عقد البيع وشروطه ح ١ و ٤ ج ١٢ ص ٢٦٠ ـ ٢٦١.

(٥) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١٠ س ١١ ـ ١٦.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٦٧.

استدلّ به على جواز استعارة الشاة للّبن جارٍ في استعارتها للصوف واستعارة غيرها للّبن وغيره.

وميل في «المسالك [1] والكفاية [2] والرياض [3]» إلى عدم التعدّي عن محلّ الوفاق. وفي «الروضة» أنّه أجود [4]. قال في «المسالك»: لعدم الدليل مع وجود المانع، وهو أنّ الإعارة مختصّة في الأصل بالأعيان ليستوفى منها المنافع، والنصّ من طرقنا غير واضح، ومن طرق العامّة لا يدلّ على غير الشاة [5]، انتهى.

وفيه: أنّ الدليل ما تقدّم من الأصل وغيره، والمانع الّذي أشار إليه هو قول جماعة [6] منهم في تعريفها: أنّها عقد فائدته التبرّع بالانتفاع بالعين مع بقائها.

وفيه: أنّه قد يقال [7]: إنّ الانتفاع قد يكون بأخذ عينٍ اُخرى منها كلبنها ونمائها وثمرتها، لأنّه يقال عرفاً: إنّه انتفع بهذه النخلة والشاة إذا أخذ من ثمرة النخلة وصوف الشاة ولبنها وولدها، وقد يكون بمجرّد الانتفاع بمنفعتها، فإطلاق المنفعة على الأعيان الحاصلة من الأعيان المعارة جائز واقع لغةً وعرفاً بل وشرعاً كما في المنحة الّتي هي محلّ إجماع، فلم يبق إلّا إجماعهم على عدم صحّة إجارة الشاة

---

(١) مسالك الأفهام: في العارية ج ٥ ص ١٤٥.

(٢) ظاهر الكفاية المطبوعة قديماً وجديداً الميل إلى التعدّي، قال فيها: ويجوز استعارة الشاة للحلب وهي المنحة، والظاهر أنّه لا خلاف فيه، والأصل مع عدم المانع يقتضيه، وله نصّ من طريق العامّة، وعدّوا الحكم إلى غير الشاة ممّا يتّخذ للحلب من الأنعام وغيرها، وهو حسن، وفي التذكرة جوّز إعارة الغنم للانتفاع بلبنها وصوفها، وهو جيّد، انتهى ما في الكفاية المطبوعة الجديدة: ج ١ ص ٧٠٦. فما نقله الشارح عنها من الميل إلى عدم التعدّي غير واقع، ولعلّه نقله عن غيره ولم يصرّح بأنّه نقل، كما هو دأبه في أكثر المطالب، فراجع.

(٣) رياض المسائل: في العارية ج ٩ ص ١٨٤.

(٤) الروضة البهية: في العارية ج ٤ ص ٢٥٨.

(٥) مسالك الأفهام: في العارية ج ٥ ص ١٤٥.

(٦) منهم المحقّق في الشرائع: في العارية ج ٢ ص ١٧١، والعلّامة في تحرير الأحكام: في العارية ج ٣ ص ٢٠٩، والشهيد الثاني في الروضة البهية: في العارية ج ٤ ص ٢٥٥.

(٧) القائل هو المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٦٧.

لصوفها ولبنها، لأنّها لتمليك المنفعة لا العين، مع أنّه يقضي أيضاً بعدم صدق المنفعة على العين.

وفيه: أنّ حمل الإعارة على الإجارة قياس ولا تلازم بينهما. واستوضح ذلك بإجماعهم على جواز إعارة الشاة للحلب مع أنّه لا يجوز إجارتها لذلك، مع أنّه قضى ـ أي إجماعهم ـ في باب الإعارة بصحّة صدق المنفعة على العين كما عرفت[١]*، فتصحّ إعارة النخلة والزيتونة والتينة والتوتة وغيرها من الأشجار الّتي ينتفع بأثمارها أو أوراقها، لأنّ العارية إباحة محضة، فإن لم تسمّها عارية فبأيّ عقد تدخلها؟ بل تصحّ استعارة الجارية للانتفاع بلبنها وغزلها وتطريزها ونحو ذلك. وقد يقال[٢]: إنّها نوع إباحة على حدة كما فيما لو قاطعه على اللبن مدّة معيّنة بعوضٍ معلوم، فإنّهم قالوا: إنّها ليست بيعاً ولا إجارةً، بل نوع معاوضة ومراضاة سائغة غير لازمة، ولابدّ من ملاحظة المسألة في باب الإجارة، فإنّا أسبغنا الكلام[٣] فيها.

---

* ـ وعلى تقدير تسليم عدم تناول التعريف لذلك نقول: إنّه مبنيّ على الغالب كما أجمعوا[٤] على أنّ كلّ ما تصحّ إعارته تصحّ إجارته، ولاريب أنّه أكثريّ وغالبيّ، وإلّا فهذه المنحة تصحّ إعارتها ولا تصحّ إجارتها، وقد أجمعوا أيضاً على أنّها جائزة وأجمعوا على لزومها في بعض الأحوال. (منه)

---

(١) تقدّم في ص ٣٧٩.

(٢) لم نعثر عليه، ذكره في ج ٧ من المفتاح ص ٨٢ السطر الأخير من الطبعة الرحلية.

(٣) سيأتي في الإجارة ج ٧ ص ٨٢ و١٤١ ـ ١٤٢ الّذي يصير حسب تجزئتنا الثامن عشر.

(٤) كابن زهرة في غنية النزوع: في الإجارة ص ٢٨٥، والحلّي في السرائر: في الإجارات ج ٢ ص ٤٥٦، والشيخ في الخلاف: في الإجارة ج ٣ ص ٤٨٥ مسألة ١.

الفصل الثاني: في الأحكام

وهي أربعة:

(الأوّل) الرجوع:

العارية عقدٌ جائز من الطرفين، إلّا إذا أعار لدفن ميّت فيمتنع نبش القبر إلّا أن يندرس أثر المدفون.

﴿الفصل الثاني: في الأحكام، وهي أربعة﴾

[في أنّ عقد العارية جائز من الطرفين]

قوله: ﴿الأوّل: الرجوع، العارية عقدٌ جائز من الطرفين﴾ إجماعاً كما في «التذكرة[1] والمسالك[2]» وكذا «التحرير[3]» لأنّ العارية تبرّع وتفضّل فلا يناسبه الإلزام فيما يتعلّق بالمستقبل. وفي «الكفاية» أنّه الأشهر[4] نظراً إلى خلاف أبي عليّ[5] حيث حكم بلزومها من طرف المعير إذا عيّن لها مدّة، لكنّه خصّ الحكم بإعارة الأرض القراح للغرس والبناء.

[في الرجوع في عارية الأرض]

قوله: ﴿إلّا إذا أعار لدفن ميّت فيمتنع نبش القبر إلّا أن يندرس أثر المدفون﴾ ونحو ذلك ما في «المبسوط[6] والشرائع[7] والتحرير[8] والإرشاد[9]

---

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام العارية ج ٢ ص ٢١١ س ٢٤.

(٢) مسالك الأفهام: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٥٣.

(٣ و٨) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢١٣ و٢١٤.

(٤) كفاية الأحكام: في العارية ج ١ ص ٧٠٦.

(٥) نقله عنه في المسالك: في العين المعارة ج ٥ ص ١٤٦.

(٦) المبسوط: في إعارة الأرض للغراس ج ٣ ص ٥٥.

(٧) شرائع الإسلام: في العين المعارة ج ٢ ص ١٧٣.

(٩) إرشاد الأذهان: في العارية ج ١ ص ٤٣٩.

وجامع المقاصد[١] والمسالك[٢] والروضة[٣] ومجمع البرهان[٤]». وفي «جامع المقاصد[٥] والمسالك[٦] ومجمع البرهان[٧]» الإجماع ذكراه في أثناء كلامٍ لهما. وقال في «التذكرة»: إذا أعار لدفن ميّت مسلم ثمّ رجع بعد الدفن لم يصحّ رجوعه ولا قلع الميّت ولا نبش القبر إلى أن يندرس الميّت، لما فيه من هتك حرمة الميّت، ولا نعلم فيه خلافاً[٨]. وغرضه نفيه من الخاصّة والعامّة. وحكى ذلك عن التذكرة في «جامع المقاصد[٩]» ساكتاً عليه. وفي موضعٍ آخر من «المسالك»: أنّ عدم صحّة الرجوع موضع وفاق حكاه في التذكرة[١٠].

ولا كلام في أنّه له أن يرجع قبل الحفر أو بعده قبل وضع الميّت، وبه صرّح في «التذكرة[١١]» وغيرها[١٢]، وإنّما الكلام فيما إذا رجع بعد وضع الميّت وقبل أن يواريه في التراب، ففي «التذكرة[١٣] والكتاب» فيما يأتي[١٤] و«جامع المقاصد[١٥] والمسالك[١٦] والروضة[١٧]» أنّ له الرجوع. ولعلّه لعدم صدق النبش بعد الوضع وقبل الطمّ لغةً ولا عرفاً.

وقد يدّعى أنّه نبش في عرف الشرع لاستلزامه هتك حرمة الميّت، ولهذا أمروا بقصّ النجاسة إذا لم يمكن غسلها ولم يجوّزوا إخراجه بعد وضعه لغسلها ولا نقله إلى قبر آخر بعد وضعه إلّا إلى أحد المشاهد المشرّفة[١٨]. فليتأمّل، لأنّا قد نقول كما سيأتي[١٩]: إنّ الوجه في المنع من الرجوع ليس هو لاستلزامه النبش

(١ و٥ و٩ و١٥) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٦٦ و٦٨ و٧١.

(٢ و٦) مسالك الأفهام: في شرائط المعار ج ٥ ص ١٤٩.

(٣ و١٧) الروضة البهية: في العارية ج ٤ ص ٢٥٨.

(٤ و٧ و١٨) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٨٢ و٣٨٣.

(٨ و١١ و١٣) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١١ س ٢٦ ـ ٢٨.

(١٠ و١٢ و١٦) مسالك الأفهام: في عقد العارية ج ٥ ص ١٣٤.

(١٤ و١٩) أراد بذلك ما سيأتي في ص ٤٠٨ كلام المصنّف الحاكم بما حكاه عنه الشارح هنا ولكنّه رحمه الله تعالى لم يأت هنا بكلام ولا شرح أزيد من قوله: قد تقدّم الكلام فيه مستوفيً آنفاً وكم له من نظير في ذلك.

فلو رجع في إذن البناء أو الغرس قبلهما وجب الامتناع،

المحرّم كما في «جامع المقاصد[١]» بل لأنّ المقصود من مثل هذه العارية التأبيد كما مرّ بيانه[٢] مفصّلاً ويأتي عن قريب[٣].

وقال في «التذكرة»: إنّ مؤنة الحفر إذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن لازمة لوليّ الميّت[٤]. واستشكل في «المسالك[٥] والروضة[٦] والرياض[٧]» فيما إذا تعذّر عليه غيره ممّا لا يزيد عوض الحفر وأُجرته عنه فيقوى كونه من مال الميّت، وقد يقال[٨]: إنّ ذلك على المالك، لأنّه أذن في الوضع ثمّ منع فكان مثل أرش الزرع كما يأتي، فتأمّل.

واتّفقت كلمة مَن[٩] تعرّض للفرع أنّه ليس عليه طمّ الحفر، لأنّه مأذونٌ فيه.

والمراد بالميّت المسلم كما في «التذكرة[١٠]» ومَن بحكمه كولده والمجنون واللقيط كما في غيرها[١١].

والمرجع في اندراس أثر المدفون إلى النظر الغالب بحسب الترب والأهوية.

قوله: ﴿فلو رجع في إذن البناء أو الغرس قبلهما وجب الامتناع﴾ كما هو معلوم بالإجماع كما أنّه يجوز إعارة الأرض للبناء والزرع

---

(١) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٧١. (٢) تقدّم في ص ٩٢ ـ ٩٦.

(٣) سيأتي في ص ٤٠٤ الإشارة إليه إشارةً عامّة. وأمّا الكلام في موضع ذِكره وهو الفرع الأوّل من فروع هذا الفصل فقد ذكرنا في الصفحة السابقة هامش ١٤ و١٩ أنّه لم يأت هنا بشيءٍ إلّا الإشارة إلى ما تقدّم، فراجع وتأمّل.

(٤ و١٠) تذكرة الفقهاء: في أحكام العارية ج ٢ ص ٢١١ س ٢٨ و٢٦.

(٥ و١١) مسالك الأفهام: في عقد العارية ج ٥ ص ١٣٤.

(٦) الروضة البهية: في العارية ج ٤ ص ٢٥٨ ـ ٢٥٩.

(٧) رياض المسائل: في العارية ج ٩ ص ١٧٣ ـ ١٧٤.

(٨) كما في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٨٤.

(٩) منهم العلّامة في التذكرة: في أحكام العارية ج ٢ ص ٢١١ س ٢٩، والشهيد الثاني في الروضة البهية: في العارية ج ٤ ص ٢٥٩، والطباطبائي في رياض المسائل: في العارية ج ٩ ص ١٧٤.

فإن غرس حينئذٍ فللمالك القلع مجّاناً والمطالبة بالأُجرة وطمّ الحُفَر. ولو رجع بعد البناء أو الغرس أو الزرع فالأقرب إجابته، لكن بشرط دفع أرش الغرس أو الزرع ولو قبل إدراكه.

والغرس بلاخلاف كما في «المبسوط[١]».

قوله: ﴿فإن غرس حينئذٍ فللمالك القلع والمطالبة بالأُجرة وطمّ الحُفَر﴾ وكذا أرش النقص إن نقصت، لأنّه حينئذٍ غاصب ظالم وليس لعرق ظالم حقّ وقد فوّت منفعتها وأتلف بعض أجزائها.

قوله: ﴿ولو رجع بعد البناء أو الغرس أو الزرع فالأقرب إجابته، لكن بشرط دفع أرش الغرس أو الزرع ولو قبل إدراكه﴾ وكذا أرش البناء، وتركه اكتفاءً ببيان حكم الزرع والغرس كما صرح بجميع ذلك في «الشرائع[٢] والتذكرة[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥]» وكما صرّح بالإجابة مع دفع الأرش في الغرس في «الخلاف[٦]». وفيه: أنّا أجمعنا على أنّ له قلعه مع الضمان، وكما صرّح بذلك في «السرائر» في الغرس والبناء[٧]. وصرّح بذلك في الزرع والغرس في «الإرشاد[٨]» وكما هو ظاهر «المختلف» في الزرع ولو قبل إدراكه[٩].

---

(١) المبسوط: في إعارة الأرض للغراس ج ٣ ص ٥٣.
(٢) شرائع الإسلام: في العين المعارة ج ٢ ص ١٧٣.
(٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام العارية ج ٢ ص ٢١٢ س ٢٨.
(٤) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٦٨ ـ ٦٩.
(٥) مسالك الأفهام: في عقد العارية ج ٥ ص ١٣٥ و١٤٧.
(٦) الخلاف: في العارية ج ٣ ص ٣٩١ مسألة ٩.
(٧) السرائر: في العارية ج ٢ ص ٤٣٣.
(٨) إرشاد الأذهان: في العارية ج ١ ص ٤٣٩.
(٩) مختلف الشيعة: في العارية ج ٦ ص ٧٨.

ونحوه ما في «شرح الإرشاد» لولده[١].

وليعلم أنّه لا أرش في الزرع إلّا قبل الإدراك، فكلّ مَن ذكره فيه أراد ذلك.

وإطلاق هذه العبارات جميعها وإطلاق عبارة صلح «الكتاب[٢] والشرائع[٣] والتحرير[٤] والتذكرة[٥] والإرشاد[٦] والمختلف[٧] وجامع المقاصد[٨] والمسالك[٩]» في

---

(١) شرح الإرشاد للنيلي: في العارية ص ٦٥ س ١٣.

(٢) قواعد الأحكام: في الصلح ج ٢ص ١٧٤. (٣) شرائع الإسلام: في الصلح ج ٢ص ١٢٤.

(٤) الأمر في التحرير ـ حسب ما نظرنا فيه ـ ليس على ما نسبه إليه الشارح، وذلك لأنّه قد صرّح في مواضع منه بالفرق بين العارية الموقّتة والمطلقة، فحكم بالأرش إذا رجع المالك عن إذنه بعد الغرس والبناء في الأوّل، وبعدمه في الثاني. فمنها ما في الفصل الثالث من أحكام العارية في الفرع العاشر حيث قال ما ملخصه: لو أذن في البناء والغرس له أن يرجع قبل الفعل ولايجوز للمستعير البناء والغرس. فإن فعل فللمالك قلعه وإلزامه بالأجرة والأرش وتسوية الحفر، فإن رجع بعدهما فإن شرط على المستعير القلع عند المدّة إن قدرت أو عند المطالبة إن أُطلق يلزمه القلع وليس على المالك ضمان ولا على المستعير، وإن لم يشترط القلع فإن اختاره المستعير كان له ذلك وإن لم يختره وطالبه المعير به يجب قلعها بعد غرم ما ينقص فيقوّم قائمة ومقلوعة ويغرم ما بينهما. التحرير: ج ٣ص ٢١٥ ـ ٢١٦.

وعبارته صريحة في وجوب إعطاء الأرش من طرف المالك عند ما شرط المدّة أو شرط القلع متىٰ رجع، الّذي هو في حكم الرجوع في المدّة. وأصرح من ذلك قوله بعد ذلك بأسطر: ولو أذن مقيّداً فطالب بالقلع من غير ضمان الأرش قبل المدّة لم يكن له ذلك، وإن كان بعد المدّة فالأقرب أنّ له ذلك، إذا عرفت هذا فإن لم يدفع المعير قيمة الغرس ولا ضمن أرش النقص لم يكن له القلع، انتهى موضع الحاجة.

ومنها في هذا الموضع في الفرع التاسع قال: لو استعار أرضاً للزراعة فله الرجوع ما لم يزرع فإن رجع بعده ـ إلى أن قال: ـ وإن زرع قبله ففي جوازه إشكال، فإن سوّغناه أوجبنا الأرش على الآذن، وإن منعناه أوجبنا بقاءه إلى وقت إدراكه بغير عوض، انتهى. وهذا الكلام أيضاً كالتصريح في التفصيل حيث إنّ أخذ الأرض للزراعة المتبادر منه أخذه لسنة ظاهر في اشتراط المدّة، فأخذ الأرش إنّما هو في الاستعارة الموقّتة، فراجع وتأمّل.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الصلح ج ٢ ص ١٨٤ س ٣٨.

(٦) إرشاد الأذهان: في الصلح ج ١ص ٤٠٥.

(٧) مختلف الشيعة: في الصلح ج ٦ص ٢٢٢ـ٢٢٣.

(٨) جامع المقاصد: في الصلح ج ٥ص ٤٢٢. (٩) مسالك الأفهام: في الصلح ج ٤ص ٢٨٥.

خصوص البناء بل و«الإيضاح[١]» هنا (هناك ـ خ ل) يتناول ما إذا كانت العارية مطلقة غير مقيّدة بمدّة أو كانت موقّتة بأمدٍ معيّن، بل في كلٍّ من البناء والغرس والزرع كما في «الكتاب» هنا وما وافقه، وفي الغرس كما في «الخلاف» وفيه وفي البناء كما في «السرائر» وفي الزرع والغرس كما في «الإرشاد».

وقال في «الإيضاح» في الباب: إنّ الخلاف في مسألتين، إحداهما: في البناء والغرس، فإنّ العارية لهما إن لم تكن إلى مدّة جاز الرجوع فيها إجماعاً، وإن كان إلى مدّة قال ابن الجنيد: لايجوز قبل انقضائها. والثانية: في الزرع، قال الشيخ وابن إدريس: ليس له قلعه قبل إدراكه وإن دفع الأرش لأنّ له وقتاً ينتهي إليه[٢]، انتهى.

قلت: يشهد له أنّه قال في «المبسوط»: إذا أذن له في الغرس ولم يعيّن له مدّة فغرس كان له المطالبة بالقلع إذا دفع الأرش. وقال: إذا أذن له إلى سنة ورجع قبلها لم يلزمه القلع بلا خلاف[٣]. ولعلّ نظره إلى هذا في الإيضاح وعبارة «التحرير[٤]» ليست ظاهرة في هذا التفصيل وإنّما فيها تفصيلٌ آخر.

وقال في «جامع المقاصد» بعد نقل كلام الإيضاح بالمعنى ما نصّه: وكلام الشيخ في المبسوط في العارية وكذا ابن إدريس في السرائر مصرّح بالمنع من الرجوع في الموضعين المذكورين. وعنىٰ بهما الزرع قبل إدراكه وما إذا كانت عارية البناء والغرس موقّتة بأمدٍ معيّن. ثمّ قال: لكن هذا لا يدلّ على ما ادّعاه من الإجماع[٥]. قلت:في كلام المبسوط شهادة على ذلك، ولم يصرّح في السرائر بالمنع في صورة التوقيت كالمبسوط، والموجود فيها أنّه يجبر المستعير على القلع في

---

(١) إيضاح الفوائد: في أحكام العارية ج ٢ ص ١٢٧، وفي الصلح ص ١٠٧.

(٢) المصدر السابق: في أحكام العارية ج ٢ ص ١٢٦ ـ ١٢٧.

(٣) المبسوط: في إعارة الأرض للغراس ج ٣ ص ٥٤ ـ ٥٥.

(٤) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢١٥.

(٥) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٦٧.

البناء والغرس من دون فرق بين الإطلاق والتوقيت كما حكينا عنها آنفاً.

هذا والشيخ في صلح «المبسوط» لم يجوّز له الرجوع ما دامت الجذوع في صورة الإطلاق في البناء، لأنّ المقصود بوضعها التأبيد دون القلع [1]. وهو المحكيّ [2] عن القاضي. وكأنّه مال إليه أو قال به الشهيد [3] وقد قوّيناه في باب الصلح [4] لمكان الضرر الّذي لا يجبره الأرش، لأنّه قد لا يجد من يبني له، وأنّه لو لم يعره لربّما سهل عليه تحصيل غيره فقد غرّه، ولا يعارضه أنّ المنع أيضاً ضرر على المالك، لأنّه هو أدخله على نفسه، والعادة قاضية بأنّ هذه العارية دائمة ولا عاقل يرتكبها بدون الدوام، فكانت كالعارية للدفن، ولا يجدي الفرق بأنّ النبش حرام وأنّه قياس لتنقيح العلّة المشتركة وظهورها ولا فارق، إذ على تقدير جواز الرجوع لا يكون النبش حراماً، بل يكون مستثنى كغيره من المستثنيات. وهذا كلّه جارٍ في الغرس.

ووجه ما قالوه [5] هنا: أنّ بناء العارية على الجواز واللزوم يحتاج إلى دليل وهو منتفٍ، واللزوم في الدفن خرج بالإجماع، والقياس باطل مع وجود الفارق، فإنّ هتك حرمة المسلم لا بدل لها بخلاف ما يتلف من المال بالقلع فإنّ له بدلاً، قولكم: لا ضرر ولا ضرار [6]. قلنا: هو مشترك بين المعير والمستعير، والضرر لا يُدفع بالضرر، مع أنّه إذا دفع الأرش حصل الجمع بين الحقّين. وأنت قد عرفت الحال في ذلك، وأنّ هتك حرمة المسلم وأذيّته وإذلاله لا بدل لها في بعض الصوَر كما إذا

---

(١) المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٢.

(٢) نقله عنه المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٦٨.

(٣) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٣.

(٤) تقدّم في ص ٩٤ ـ ٩٨.

(٥) كالعلّامة في تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١١ س ٢٤، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٦٨، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في عقد العارية ج ٥ ص ١٣٤.

(٦) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٣٨٣ ح ١١ وفيه «ولا إضرار» وكذا في بعض المصادر الآخر كمن لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ٢٣٣ ح ٣٨٥٩ ومستدرك الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٧ ح ١٥٨٦٣.

هدم بناءه في الشتاء حيث لا يجد غيره. ولا يضرّنا إجماع الإيضاح كما لم يلتفتوا هم إلى إجماع المبسوط، وقد اتّفقت كلمتهم في المقام على لزوم الأرش كما سمعت. وفي «مجمع البرهان» أنّه هو المسطور في الكتب فكأنّه لا خلاف فيه[1].

قلت: قد استشكل فيه المصنّف[2] وولده[3] والشهيد[4] من أنّه بناء وغرس محترم صدر بإذن فلا يجوز قلعه إلّا بعد ضمان نقصه، ومن أنّه ـ أي المستعير ـ قد أدخل الضرر على نفسه بإقدامه على العارية القاضية بالرجوع القاضي بالتخريب في أيّ وقت شاء، فكان هو المهدم والسبب، مع أنّ الأصل براءة ذمّة المالك من ثبوت مال لغيره عليه من جهة تخليص ملكه منه، بل أصالة البراءة مطلقاً.

هذا وعلى تقدير ثبوت الأرش هل هو عوض ما نقص من آلات الواضع بالهدم؟ أو تفاوت ما بين العامر والخراب؟ أو عوض جميع ما أخرجه المالك حتّى اُجرة الأكّار؟ أقوال واحتمالات تقدّم بيانها في باب الصلح[5] ويأتي[6] أيضاً.

وفي «الشرائع[7] والمسالك[8] ومجمع البرهان[9]» ليس له المطالبة بدون الأرش، وهو مقتضى كلام «التذكرة[10]» إذ قد يقلع ولم يعطه شيئاً بخلاف إن اُخذ ولم يقلع فإنّه وإن كان فيه ضرر ولكن يتولّى الأمر الحاكم فيجبره، وإلّا قلعه بنفسه. والحاصل: أنّ هذا الدفع نوع من المعاوضة ومن شأنها أنّهما مع الاختلاف يجبران على التقابض،

(١ و ٩) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٨١.
(٢) قواعد الأحكام: في الصلح ج ٢ ص ١٧٤.
(٣) إيضاح الفوائد: في الصلح ج ٢ ص ١٠٧.
(٤) الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٣.
(٥) تقدّم في ص ٩٦ ـ ١٠٢.
(٦) يأتي في ص ٤٠٩ ـ ٤١٢.
(٧) شرائع الإسلام: في العين المعارة ج ٢ ص ١٧٣.
(٨) مسالك الأفهام: في العين المعارة ج ٥ ص ١٤٧.
(١٠) تذكرة الفقهاء: في أحكام العارية ج ٢ ص ٢١٢ س ٤٣.

وإنّما حكموا هنا بسبق دفع الأرش، لامتناع المعيّة، وفي البسط على الأجزاء حرج، والضرر عن الدافع مندفع، بخلاف العكس فلذا حكموا بتقدّمه.

ونبّه بقوله: «ولو قبل إدراكه» على ردّ خلاف «المبسوط والسرائر» حيث منع فيهما من الرجوع في العارية للزرع قبل إدراكه، لأنّ له أمداً ينتظر فلا يجوز الرجوع قبله كما سمعته آنفاً[1] فهو متعلّق بالزرع خاصّة كما هو الواقع، لأنّ الخلاف إنّما هو فيه، وعليه نبّهت عبارة «الشرائع[2]» حيث فصله عن البناء والغرس، ولا يصحّ أن يكون تنبيهاً على خلاف أبي عليّ[3] فيكون متعلّقاً بحكم الغرس والبناء لوجوه، ولا ترجيح في «التحرير[4]».

وما اختاره هنا هو المشهور كما في «الكفاية[5]» وخيرة «الشرائع» كما سمعت[6] و«المختلف[7] وجامع المقاصد[8] والمسالك[9]» لكنّه سيستشكل المصنّف فيه قريباً[10].

ولمّا كان الأرش مترتّباً على التفاوت بين الحالتين فحيث ينتفي التفاوت ـ كما إذا كان الرجوع بعد إدراك الزرع ـ لا أرش. فالإتيان بـ«لو» الوصليّة يحتاج في توجيهه إلى تكلّف تعرّض له في «جامع المقاصد[11] والمسالك[12]».

والأرش في الزرع هو تفاوت ما بين كونه مقلوعاً وبين كونه مدركاً إن كان

(١) تقدّم في ص ٤٠٣ في هامش ٣ ما يتعلّق بهذا المقام.
(٢) شرائع الإسلام: في العين المعارة ج ٢ ص ١٧٣.
(٣) نقله عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في العارية ج ٦ ص ٧٨.
(٤) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٢ ص ٢١٥.
(٥) كفاية الأحكام: في العارية ج ١ ص ٧٠٦.
(٦) تقدّم في ص ٤٠٢ هامش ٣.
(٧) مختلف الشيعة: في العارية ج ٦ ص ٧٨.
(٨ و١١) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٦٨ ـ ٦٩.
(٩ و١٢) مسالك الأفهام: في العين المعارة ج ٥ ص ١٤٧ و١٤٨.
(١٠) يأتي في ص ٤٠٩ ـ ٤١٢.

والأقرب توقّف تملّك الغرس بالقيمة

للمقلوع قيمة، وإلّا فيحتمل جميع قيمته إذا أدرك.

قوله: ﴿والأقرب توقّف تملّك الغرس بالقيمة﴾ أي على التراضي منهما كما يأتي، وهو خيرة «التذكرة[١] والمختلف[٢] والإيضاح[٣] وجامع المقاصد[٤]» ووجهه ظاهر، لأنّه معاملة في بيع.

والمخالف الشيخ في «المبسوط» قال: وإن قال المعير: أنا أغرم لك قيمتها فطالبه بأخذ القيمة كان ذلك له وأُجبر المستعير على قبضها، لأنّه لا ضرر عليه[٥]. وحكي مثله[٦] عن أبي عليّ فيما إذا كانت الإعارة غير موقّتة. وفي «التحرير» بعد نقل كلام الشيخ: أنّ فيه نظراً[٧].

ولعلّهما نظرا إلى أنّ قلعه سفه، وأنّ العارية مكرمة ومبرّة وإحسان فلا يليق منع المعير ولا تضييع مال المستعير. والأصل في ذلك الموثّق الّذي رواه الشيخ[٨] في باب المزارعة في رجل اكترى داراً وفيها بستان، فزرع في البستان وغرس نخلاً وشجراً وفواكه وغير ذلك ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك، فقال: عليه الكرى، ويقوّم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل فيعطيه الغارس إن كان استأمره في ذلك، لكن ليس في رواية «الكافي[٩]»: إن كان استأمره في ذلك، فعليها يكون الخبر

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام العارية ج ٢ ص ٢١٢ س ٣٦.
(٢) مختلف الشيعة: في العارية ج٦ ص٧٧. (٣) إيضاح الفوائد: في أحكام العارية ج ٢ص ١٢٧.
(٤) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٦٩.
(٥) المبسوط: في إعارة الأرض للغراس ج ٣ ص ٥٥.
(٦) نقله عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في العارية ج ٦ ص ٧٨.
(٧) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٢ ص ٢١٦.
(٨) تهذيب الأحكام: ب ١٩ من أبواب المزارعة ح ٥٣ ج ٧ ص ٢٠٦.
(٩) الكافي: باب مَن زرع في غير أرضه أو غرس ج ٥ ص ٢٩٧ ح ٢.

أو الإبقاء بالأُجرة على التراضي منهما.

لأبي عليّ فيما يذهب من أنّ لصاحب الأرض المغصوبة أن يتملّك ما زرع الغاصب فيها وما غرس، كما يأتي الكلام فيه مسبغاً في باب الغصب[١] وباب الإجارة[٢].

وضعّفوه[٣] بأنّ نقل الملك من مالك إلى آخر لا يكفي فيه عدم الضرر، بل لابدّ من التراضي. ويأتي للمصنّف في باب الإجارة[٤] موافقة المبسوط، وقد أسبغنا الكلام فيه هناك.

وقد استدلّ عليه في مزارعة «الخلاف[٥]» بالإجماع والأخبار[٦] ومفهوم الخبر المشهور: «ليس لعِرق ظالم حقّ»[٧] وبخبر عائشة[٨] كما بيّنّاه في باب الإجارة[٩].

قوله: ﴿أو الإبقاء بالأُجرة على التراضي﴾ إجماعاً كما في «الإيضاح[١٠]». وفي «التحرير» لو قال المستعير: أنا أدفع قيمة الأرض لم يلزم المالك إجابته إجماعاً[١١]. ولعلّه لما تقدّم، ولأنّ الأرض أصل والغرس والبناء تابعان. وينبغي التأمّل في وجه درجه تحت الأقرب مع أنّه إجماعي، ولعلّ المصنّف نظر إلى أنّ

---

(١) يأتي تفصيله في الجزء الثامن عشر.

(٢ و٤ و٩) سيأتي في الإجارة ج ٧ ص ٢٣٧ ـ ٢٣٨ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء العشرين.

(٣) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في العارية ج٦ ص٦٩، والشهيد الثاني في المسالك: في العين المعارة ج ٥ ص ١٤٨، والبحراني في الحدائق: في العارية ج ٢١ ص ٤٩٩ ـ ٥٠٠.

(٥) الخلاف: في الزراعة ج ٣ ص ٥١٩ مسألة ٨.

(٦) وسائل الشيعة: ب ٣٣ من أبواب الإجارة ج ١٣ ص ٢٨٢.

(٧) سنن الترمذي: في إحياء أرض الموات ج ٣ ص ٦٦٢ ح ١٣٧٨، عوالي اللآلي: في الديون ح ٦ ج ٢ ص ٢٥٧.

(٨) سنن البيهقي: في مَن بنى أو غرس في أرض غيره ج ٦ ص ٩١.

(١٠) إيضاح الفوائد: في أحكام العارية ج ٢ ص ١٢٧.

(١١) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢١٦.

ولو رجع في عارية الجدار لوضع خشبٍ قبله جاز، وبعده على الأقوى،فيستفيد التخييربين طلب الأجرةللمستقبل معرضا المستعير وبين القلع مع دفع أرش النقص

كلام الشيخ في مثله يقضي بأنّه لا يتوقّف هنا على التراضي كما بيّنّاه في باب الإجارة[1].

[في حكم الرجوع في عارية الجدار]

قوله: ﴿ولو رجع في عارية الجدار لوضع خشبٍ قبله جاز﴾ إجماعاً مستفيضاً نقله كما تقدّم في باب الصلح[2].

قوله: ﴿وبعده على الأقوى﴾ قد تقدّم الكلام فيه في باب الصلح، وحكينا هناك جواز الرجوع عن عشرة كتب في البابين[3]، وحكينا عدم جوازه عن الشيخ[4] والقاضي[5]، وقوّيناه وقلنا ظاهر الشهيد في «الدروس[6]» التردّد. ولعلّه إنّما أعاده ليرتّب عليه ما بعده أو يكون غفل عنه لتطاول العهد.

قوله: ﴿فيستفيد التخيير بين طلب الأُجرة للمستقبل مع رضا المستعير وبين القلع مع دفع أرش النقص﴾ يريد أنّ المعير يستفيد برجوعه تخيير الشارع له بين الأمرين.

---

(١) سيأتي في الإجارة ج ٧ص ٢٣٧من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء العشرين.

(٢) تقدّم نقله في ص ٩٤ عن التحرير والمسالك ومجمع البرهان.

(٣) تقدّم في باب الصلح ص ٩٢ ـ ٩٣ وفي هذا الباب ص ٣٩٩ ـ ٤٠٦.

(٤) تقدّم في ص ٩٥، راجع المبسوط: في الصلح ج ٢ ص ٢٩٢.

(٥) نقله عنه فخرالإسلام في إيضاح الفوائد: في الصلح ج ٢ ص ١٠٧.

(٦) تقدّم في ص ٩٤، راجع الدروس الشرعية: في تزاحم الحقوق ج ٣ ص ٣٤٣.

وإن أدّى إلى خراب ملك المستعير لكون الأطراف الأُخر مبنيةً عليه على إشكال.

قوله: ﴿وإن أدّى إلى خراب ملك المستعير لكون الأطراف الأُخر مبنية عليه على إشكال﴾ كما في «الشرائع[١] والتحرير[٢]» وهو ظاهر «التذكرة[٣] ومجمع البرهان[٤]» حيث لا ترجيح. وفي «المبسوط[٥] والسرائر[٦] والإرشاد[٧]» الجزم بمنعه من الرجوع وإن بذل الأرش. واختير في «المختلف[٨] والإيضاح[٩] وجامع المقاصد[١٠] والمسالك[١١]» أنّ له الرجوع.

واحتجّوا للشيخ بأنّ رجوعه ـ أي المعير ـ مستلزم للتصرّف في ملك الغير وتخريب بنائه الواقع في ملكه، والثابت له شرعاً إنّما هو تفريغ ملكه لا تخريب ملك الغير. وهو احتجاج واهٍ ضعيف جدّاً ولهذا أجابوا بأنّها عارية ومن لوازمها جواز الرجوع، وما ذكر لا يصلح للمنع، لأنّ تفريغ مال المعير مع المطالبة واجب، فإذا توقّف على تخريب ملكه كان من باب المقدّمة الّتي لا يتمّ الواجب إلّا بها، فيجب من هذه الحيثية، والمستعير أدخل الضرر على نفسه ببنائه في ملكه بناءً معرّضاً للزوال. والأجود في الاستدلال للشيخ بلزوم الضرر الّذي لا يجبره الأرش، وأنّ العادة قاضية في مثل ذلك باللزوم، وبدونه لا يرتكبها عاقل، فكأنّه قال: أعرني

---

(١) شرائع الإسلام: في العين المعارة ج ٢ ص ١٧٣.
(٢) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢١٥.
(٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام العارية ج ٢ ص ٢١٢ س ٢٠.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٨٤.
(٥) المبسوط: في إعارة الأرض للغراس ج ٣ ص ٥٦.
(٦) السرائر: في بيان أحكام العارية ج ٢ ص ٤٣٣ ـ ٤٣٤.
(٧) إرشاد الأذهان: في العارية ج ١ ص ٤٣٩.
(٨) مختلف الشيعة: في العارية ج ٦ ص ٧٨.
(٩) إيضاح الفوائد: في أحكام العارية ج ٢ ص ١٢٨.
(١٠) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٧٠.
(١١) مسالك الأفهام: في العين المعارة ج ٥ ص ١٥١.

ولو انهدم الحائط أو أزال المستعير الخشب باختياره أو بإكراه أو انقلعت الشجرة لم يملك إعادته، سواء بنى الحائط بآلته أو بغيرها ما لم يجدّد له الإذن.

فـروع

الأوّل: لو رجع في الإعارة للدفن بعد وضع الميّت في القبر قبل الطمّ جاز.

مادام خشبي باقياً وليس لك الرجوع قبله، وقد أعاره والتزم بذلك، فكانت كالعارية للدفن كما تقدّم بيانه[1]. وبهذا يصير لكلام الشيخ ومَن وافقه وجه. ولعلّ ذكر هذا الفرع هو السبب في إعادة المسألة التي قبله كما نبّهنا عليه آنفاً[2].

قوله: ﴿ولو انهدم الحائط أو أزال المستعير الخشب باختياره أو بإكراه أو انقلعت الشجرة لم يملك إعادته، سواء بنى الحائط بآلته أو بغيرها ما لم يجدّد له الإذن﴾ قد أسبغنا الكلام واستوفيناه في المسألة في باب الصلح[3]. وحكينا عن ظاهر التذكرة الإجماع على ذلك، وحكينا الحكم عن عشرة كتب، وقلنا: إنّ الشيخ تعرّض للمسألة في أربعة مواضع من المبسوط، وأنّه لا يرد عليه ما أورده في المختلف.

[في الرجوع في عارية الأرض للدفن]

قوله: ﴿فروع، الأوّل: لو رجع في الإعارة للدفن بعد وضع الميّت

---

(١) تقدّم في ص ٤٠٠ ما يتعلّق بذلك وأنه ذكر المسألة وتكلّم فيها ثمّ أحالها إلى هذا المقام وأنت ترى أنه لم يأت هنا بشيءٍ ولو اشارةً.

(٢) تقدّم ذِكر هذا الفرع في ص ٤٠٠ ـ ٤٠٧.

(٣) تقدّم في باب الصلح ص ٩٨ ـ ٩٩ ولكن الموجود فيه: ذكره في ثلاثة مواضع من المبسوط بدل أربعة.

الثاني: لو رجع قبل الغرس فلم يعلم حتّى غرس جاز له القلع مجّاناً على إشكال، وفي استحقاق الأُجرة قبله نظر.

في القبر قبل الطمّ جاز﴾ قد تقدّم الكلام[1] فيه مستوفى آنفاً.

[في الرجوع إلى عارية الأرض للغرس]

قوله: ﴿الثاني: لو رجع قبل الغرس فلم يعلم حتّى غرس جاز له القلع مجّاناً على إشكال﴾ إذا رجع المعير قبل الغرس وقد علم المستعير، فإن غرس حينئذٍ وجب عليه قلعه مجّاناً لقوله صلى الله عليه وآله: «ليس لِعرق ظالم حقّ»[2] ويجب عليه أُجرة ما استوفاه من منفعة الأرض على وجه التعدّي وطمّ الحفر، لأنّه غاصب. وأمّا إذا لم يعلم حتّى غرس فالأقوى أن ليس له القلع مجّاناً، بل مع الأرش، كما لو لم يرجع، لأنّه غير مفرط ولا غاصب كما في «التذكرة[3]» ويشبه تصرّف الوكيل جاهلاً بالعزل.

وقد جعل منشأ الإشكال في «الإيضاح[4] وجامع المقاصد[5]» من أنّ المأذون له في أمر إذا رجع الآذن ولم يعلم المأذون له هل يبطل إذنه أم لا؟ وقد اختير فيهما[6] في الوكالة أنّه لا يبطل إذنه، إذ لو بطل إذنه ونفذ هنا رجوعه لاقتضى تكليف ما لا يطاق، لأنّه يستلزم خطاب الغافل، لكنّ المصنّف هناك اختار انعزال الوكيل بالعزل، سواء علم أم لا. ويأتي تحقيقه في باب الوكالة[7] إن شاء الله تعالى.

---

(١) هذا هو الموضع الّذي وعده في ص٣٩٦ لذكر المسألة ثانياً وأنت ترى أنه لم يأت هنا بشيءٍ.
(٢) عوالي اللآلي: في الديون ج ٢ ص ٢٥٧ ح ٦.
(٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام العارية ج ٢ ص ٢١٢ س ٢٩.
(٤) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ص ١٢٨. (٥) جامع المقاصد: في العارية ج٦ص ٧١.
(٦) إيضاح الفوائد: في أحكام الوكالة ج ٢ ص ٣٥٣، وجامع المقاصد: في الوكالة ج٨ ص ٢٧٧ـ٢٧٨.
(٧) سيأتي في الوكالة ج ٧ ص ٦١٤ الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء الحادي والعشرين.

ولوحمل السيل نواةً فنبتت في أرض غيره أُجبر المالك على القلع،

قوله: ﴿وفي استحقاق الأُجرة قبله نظر﴾ أي في وجوب الأُجرة للمالك واستحقاقها قبل القلع نظر أصحّه عدم الوجوب كما في «جامع المقاصد[1]» وهو قضيّة كلام «الإيضاح[2]» إذ منشأ النظر هو منشأ الإشكال المتقدّم، فإنّ الرجوع إن نفذ كان تصرّفه في ملك الغير بغير إذن فتجب الأُجرة، وإلّا فلا.

[فيما لو نبتت نواة أرضه في أرض غيره]

قوله: ﴿ولو حمل السيل نواةً فنبتت في أرض غيره أُجبر المالك على القلع﴾ كما في «المبسوط[3] والسرائر[4] والشرائع[5] والتذكرة[6] والتحرير[7] وجامع المقاصد[8]» لأنّ ملكه قد شغل أرض غيره بغير حقّ فيجب تخليصها منه ولا أرش عليه كما في «المبسوط[9] والسرائر[10] والشرائع[11]» وهو معنى قول المصنّف «ولصاحب الأرض الإزالة مجّاناً».

وقد يقال: إنّه لا يجبر إن كان زرعاً، لأنّ قلعه إتلاف على المالك، ولم يوجد منه تفريط ولا عدوان، وضرره غير دائم، فأشبه ما لو حصلت دابّته في ملك غيره على وجهٍ لا يمكن خروجها إلّا بقلع الباب أو قتلها، فإنّه لا يجبر على قتلها، فيقرّ في الأرض إلى حين حصاده بأُجرة المثل، بخلاف الشجر فإنّ ضرره يدوم فيجبر

(١ و٨) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٧٢.
(٢) إيضاح الفوائد: في أحكام العارية ج ٢ ص ١٢٨.
(٣ و٩) المبسوط: في إعارة الأرض للغراس ج ٣ ص ٥٦ ـ ٥٧.
(٤ و١٠) السرائر: في أحكام العارية ج ٢ ص ٤٣٤.
(٥) شرائع الإسلام: في الأحكام المتعلّقة بالعارية ج ٢ ص ١٧٤.
(٦) تذكرة الفقهاء: في أحكام العارية ج ٢ ص ٢١٤ س ٥.
(٧) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢١٧.
(١١) شرائع الإسلام: في الأحكام المتعلّقة بالعارية ج ٢ ص ١٧٤.

على إزالته كأغصان الشجرة السارية في هواء أرض غيره[١]. وهو قويّ، لكن يشهد لكلامهم في المقام كلامهم في باب الديات[٢] فيمن دخلت دابّته زرعه المحفوف بملك الغير، ويوافق كلامهم في باب الغصب[٣] فيما إذا وقع دينار في محبرته أو دخل فصيل بيته من دون تفريطٍ منهما.

والّذي ينبغي أن يقال: في المقام ونحوه ممّا لا تقصير فيه من أحد أن يلحظ الأكثر ضرراً إمّا لدوام الضرر أو لغيره، فيجبر الآخر على الإزالة، فإن تساويا فيجاب من بذل الأرش ويجبر الآخر، فإن بذلا أو امتنعا فالقرعة، فليلحظ هذا الضابط.

وقال في «التذكرة»: لو حمل السيل حبّ الغير أو نواه أو جوزه أو لوزه إلى أرض آخر كان على صاحب الأرض ردّه على مالكه إن عرفه، وإلّا كان لقطة. فإن نبت في أرضه وصار زرعاً أو شجراً فإنّه يكون لصاحب الحبّ والنوى والجوز واللوز، لأنّه نماء أصله كما أنّ الفرخ لصاحب البيض لا نعلم فيه خلافاً[٤]، انتهى.

وفي «المبسوط[٥] والسرائر[٦] وجامع المقاصد[٧]» أن ليس له على المالك اُجرة الأرض لأنّها حصلت فيها بغير صنعٍ منه. وفي الأخير: أنّ ذلك إذا لم يقصّر في القلع. وقضيّة كلامه أنّ عليه اُجرة إن قصّر فيه. وقد يقال[٨]: ليس عليه اُجرة أصلاً، لأنّه قد حصل بغير تفريط فأشبه ما لو ماتت دابّته في دار إنسان بغير تفريطه،

(١ و٨) ذكره العلّامة في تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١٤ س ٦ و٩.

(٢) منهم العلّامة في القواعد: في الديات ج٣ص ٦٥٧، وابنه في إيضاح الفوائد: في الديات ج ٤ ص ٦٦٧، والفاضل الهندي في كشف اللثام: في الديات ج ١١ ص ٢٧٦.

(٣) منهم العلّامة في القواعد: في الغصب ج ٢ ص ٢٣٥، وابنه في إيضاح الفوائد: في الغصب ج ٢ ص ١٨٨، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٠٦.

(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام العارية ج ٢ ص ٢١٤ س ٢.

(٥) المبسوط: في إعارة الأرض للغراس ج ٣ ص ٥٦.

(٦) السرائر: في العارية ج ٢ ص ٤٣٤.

(٧) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٧٢.

والأقرب أنّ عليه تسوية الأرض، لأنّه قلعه لتخليص ملكه،

فليتأمّل. وقد تعرّضنا لهذه المسألة في باب المزارعة[1] فلتلحظ هناك.

قوله: ﴿والأقرب أنّ عليه تسوية الأرض، لأنّه قلعه لتخليص ملكه﴾ كما في «التحرير[2]» والأقوى كما في «الإيضاح[3]» والأصحّ كما في «جامع المقاصد[4]» في الباب وباب المزارعة. وبه جزم في «التذكرة[5]» قال: فأشبه فصيلاً دخل دار إنسان ثمّ كبر فاحتاج صاحبه إلى نقض باب الدار فإنّ عليه ردّه وإصلاحه، لأنّه فعله لتخليص ملكه. وهذا التعليل مشترك بين صاحب الأرض والنوى فلا يستلزم ما ادّعاه، بل الفائدة في التخليص لصاحب الأرض أكثر، بل قد لا يكون للمالك فائدة. ولعلّ الأولى في التعليل أن يقال: إنّ شغل أرض المالك لمّا كان بغير حقّ وجب أن يكون دفع ذلك واجباً على مالك النوى، وما يحدث من الضرر عليه إزالته، فتأمّل. والحظ ما إذا تركه لصاحب الأرض وأعرض عنه فإنّه لا يلزمه نقله ولا اُجرة ولا غير ذلك، لأنّه حصل بغير تفريطه.

ولا ريب أنّ صاحب الأرض حينئذٍ مخيّر بين إبقائه وبين قلعه. وأمّا إذا كان النوى والحبّ ممّا أعرض عنه المالك فلصاحب الأرض تملّكه ولصاحبه الرجوع فيه. قال في «جامع المقاصد»: ولو جهل المالك مع عدم تحقّق الإعراض فهو مال مجهول المالك[6]. قلت: هو لقطة كما مرّ عن التذكرة يجب تعريفه إلّا أن يحصل

---

(١) سيأتي في ج ٧ ص ٣٣٣ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء العشرين.

(٢) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢١٧.

(٣) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٢٨.

(٤) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٧٢، وفي المزارعة ج ٧ ص ٣٣٤ ـ ٣٣٥.

(٥) التذكرة: في الغصب ج ٢ ص ٣٩١ س ٢٠ و ٢٤.

(٦) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٧٢.

ولصاحب الأرض الإزالة مجّاناً.

الثالث: لو رجع في إذن الزرع وقد بلغ القصل وجب قصله مجّاناً لانتفاء الضرر، ومع الضرر الأرش.

اليأس من مالكه في الحال فيجوز التصدّق به، وإن أراد تملّكه فلابدّ من التعريف.

قوله: ﴿ولصاحب الأرض الإزالة مجّاناً﴾ قد تقدّم[1] الكلام فيه.

[فيما لو رجع من الإذن وقد بلغ الزرع القصل]

قوله: ﴿لو رجع في إذن الزرع وقد بلغ القصل وجب قصله مجّاناً لانتفاء الضرر، ومع الضرر الأرش﴾ وقال في «التحرير»: إن كان ممّا يمكن حصاده قصيلاً فالوجه التردّد[2]. وقال في «التذكرة»: إذا استعار للزرع فزرع ثمّ رجع المعير قبل أن يدرك الزرع، فإن كان ممّا يعتاد قطعه بالقصل قطع، فإن امتنع أُجبر إن لم ينقص بالقصل، ولا أرش، إذ لا نقص، وإن نقص فله القطع لكن مع دفع الأرش. وإن كان ممّا لا يعتاد قطعه فالأقرب أنّ حكمه حكم الرجوع في الغرس في القلع والتبقية[3]. فقد التفت في التذكرة على ما فهمه منها صاحب «جامع المقاصد[4]» إلى أنّ إطلاق الزرع في كلام المعير والمستعير ينزّل على العادة الغالبة فيه، فإن كان ممّا يعتاد قصله تنزّل الإعارة عليه فيجب قصله عند بلوغه أوان القصل مع الأرش وبدونه على التفصيل، وإلّا فالأقرب أنّ حكمه حكم الرجوع في الغرس، وقد جزم فيه (أي الغرس) فيها (أي التذكرة) بالرجوع مع الأرش[5]. والمصنّف هنا لم يفصّل بالاعتياد وعدمه، وقضيّة إطلاق كلامه الجزم بوجوب قصله وقطعه مجّاناً

---

(١) تقدّم في ص ٤٠١ ـ ٤٠٦.

(٢) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢١٥.

(٣ و ٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام العارية ج ٢ ص ٢١٣ س ٣٤ و٣٦.

(٤) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٧٣.

إذا رجع ولا ضرر وإن لم يعتدّ قصله، فالمخالفة إنّما هي في خصوص هذا الشقّ، وعند التحقيق لا اختلاف بين الكتابين في الحكم، ولا أراه إلّا أراد في أحدهما ما أراده في الآخر مع اختصار في عبارة الكتاب، لأنّ ما لا يعتاد قصله لا يقال فيه إنّه بلغ القصل، فتأمّل. وفي «جامع المقاصد[1]» أنّهما متخالفان، فوافق هو التذكرة وخالف الكتاب، ولم يظهر لنا الاختلاف إلّا أن يكون قد أراد أنّه إذا كان حكمه حكم الغرس تكون المسألة خلافيّة، بخلاف ما إذا كان معتاد القصل فإنّه لا خلاف فيه، وقد علمت أنّ الخلاف هناك ضعيف. نعم في كلام المصنّف في الكتاب مخالفة، وهو أنّه في الغرس قال: الأقرب إجابته، وقضيّة إطلاقه هنا الجزم بوجوب الإجابة.

ثمّ إنّ في عبارة التذكرة مناقشة على ما فهمه منها صاحب «جامع المقاصد» وهو أنّه فرض المسألة فيها فيما إذا أعاره للزرع ثمّ رجع قبل أن يدرك، فالظاهر أنّه استعارها له إلى أن يدرك، ثمّ فصّل بأنّه إن كان ممّا لا يعتاد قصله نزّلت الإعارة على إدراكه، وإن كان ممّا يعتاد قصله فذاك إدراكه حملاً للإطلاق على العادة الغالبة، فينبغي أن يكون المعير رجع قبل أوان القصل فيما يعتاد قصله، فليتأمّل جيّداً. ثمّ إنّه إن كان ممّا يعتاد قصله وكانت الإعارة منزّلة عليه وأنّه يجب قصله فلا يتّجه إلزامه بالأرش وإن نقص، فتأمّل. وهو ممّا يرد على الكتابين على ما فهمناه.

وكيف كان، فلا نرى وجهاً لفصله عمّا سبق إلّا بيان أنّ من الزرع ما لا أرش فيه إن قلع قبل إدراكه، وهو ما إذا بلغ القصل فإنّه تارةً فيه ضرر وأرش، وتارةً لاضرر فلا أرش، فليتأمّل.

---

(١) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٧٣.

الرابع: لو شرط القلع عند الرجوع مجّاناً وتسوية الحفر اُلزم الوفاء ولا أرش، وإن شرط الأوّل لم يكلّف المستعير التسوية.

الخامس: لو لم يشترط القلع فأراده المستعير فله ذلك، وهل عليه التسوية؟ إشكال، ينشأ من أنّه كالمأذون في القلع بأصل الإعارة، ومن أنّه قلع باختياره فليردّ الأرض كما كانت.

[في ما لو شرط على المستعير القلع مجّاناً]

قوله: ﴿لو شرط القلع عند الرجوع مجّاناً وتسوية الحفر اُلزم الوفاء، وإن شرط الأوّل لم يكلّف المستعير التسوية﴾ إذا غرس قبل رجوعه فإن أمكن قلعه من غير نقص يدخله قلع، وإن لم يمكن إلّا مع النقص والعيب، فإن كان شرط عليه القلع مجّاناً وتسوية الحفر اُلزم ذلك عملاً بالشرط، لقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[1] فإن امتنع قلعه المعير مجّاناً وإن كان قد شرط القلع مجّاناً دون التسوية لم يكن على المستعير التسوية، لأنّ شرط القلع رضاً بالحفر كما في «المبسوط[2] والتحرير[3] والتذكرة[4]».

[فيما لو يشترط القلع لكن فعله المستعير]

قوله: ﴿لو لم يشترط القلع فأراده المستعير فله ذلك، وهل عليه التسوية؟ إشكال، ينشأ من أنّه كالمأذون في القلع بأصل الإعارة، ومن أنّه قلع باختياره فليردّ الأرض كما كانت﴾ هذا الأخير خيرة «التذكرة[5]» لما ذكر. ولا ترجيح في «المبسوط[6] والتحرير[7]». وفي «جامع

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤ ج ١٥ ص ٣٠.

(٢ و٦) المبسوط: في إعارة الأرض للغراس ج ٣ ص ٥٤.

(٣ و٧) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢١٥.

(٤ و٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام العارية ج ٢ ص ٢١٢ س ٣٢ و٣٣.

المقاصد» أنّ المسألة محلّ تردّد، فنحن فيها من المتوقّفين [١].

ونحن نقول: إنّ الإذن في الغرس لا يقتضي الإذن في القلع، ولا دليل يدلّ على ذلك، إذ لعلّه ممّا لا يقلعه أحد منهما ويبقى إلى أن يفنى، فالقلع جناية لا إذن فيها، ويكفي الشكّ في تناول اللفظ له، إذ الأصل في الجناية على مال الغير أن تكون مضمونة إلّا أن يعلم الإذن فيها. ويشهد على عدم العلم بالإذن لعدم الدليل الواضح تردّد هؤلاء الأجلّاء مع اختيار «التذكرة» أنّ عليه التسوية، وقال: إنّه أظهر وجهي الشافعيّة [٢]. ولا يعارضه أصل البراءة، لأنّ شرط التمسّك به أن لا يكون في مقام الإضرار بمسلم، لأنّ الضرورة قاضية بنفي الإضرار الثابت بالعقل والشرع.

وليس لك أن تقول: إنّ الدالّ على اقتضاء الإذن التلازم الخارجي كما هو الشأن في مقدّمة الواجب، لأنّا نقول: إنّ شرط ذلك القطعُ العقلي والعرفي، وإليه يؤول نظر المستدلّ، ولا قطع، بل ولا ظنّ عرفيّ ولا عقلي، ويرشد إلى ذلك أنّه يصحّ اشتراطه واشتراط عدمه منهما، ولو كان من باب التلازم في الخارج لما صحّ ذلك، سلّمنا لكنّه إنّما أذن له فيه على وجهٍ لا يدخل عليه فيه ضرر، فكان كالإذن في ردّ العارية حيث يحتاج إلى مؤنة، فإنّها على المستعير لا على المعير قولاً واحداً، وكان كما لو أذن له في إدخال فصيله إلى داره ثمّ كبر فاحتاج مالكه إلى نقض باب الدار، فإنّ عليه ردّه وإصلاحه، فإنّ فعله لتخليص ملكه، وليس الإذن في إدخال الفصيل إذناً في نقض الباب، فتأمّل في هذا الأخير.

وفي «جامع المقاصد» أنّ مثل ما نحن فيه ما لو نقصت الأرض بالقلع فإنّ في وجوب الأرش إشكالاً [٣]. ونحن نقول: إنّه يجب عليه الأرش. نعم لو نقصت

---

(١) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٧٤.

(٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام العارية ج ٢ ص ٢١٢ س ٣٣ ـ ٣٤.

(٣) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٧٤.

السادس: يجوز للمعير دخول الأرض والانتفاع بها والاستظلال بالبناء والشجر وكلّ ما لا يضرّ البناء والغرس،

بالغرس فلا أرش، وبه صرّح في «التذكرة[١]» وسنتعرّض لمثل ذلك في باب ونستوفي الكلام فيه إن شاءالله تعالى.

وقضيّة قول المصنّف أنّه لو لم يشترط القلع أنّه لو اشترط لم يجب عليه التسوية. ووجهه أنّ القلع حينئذٍ مأذونٌ فيه فلا يكون ما أحدث بسببه مضموناً، وهو خيرة «جامع المقاصد[٢]» والقول بالوجوب ليس بذلك البعيد كما عرفت.

[فيما يجوز للمعير الانتفاع به من أرض العارية]

قوله: ﴿يجوز للمعير دخول الأرض والانتفاع بها والاستظلال بالبناء والشجر وكلّ ما لا يضرّ البناء والغرس﴾ قد صرّح بأنّه يجوز للمعير دخول الأرض والاستظلال بشجرها في «المبسوط[٣] والتذكرة[٤] والتحرير[٥] واللمعة[٦] وجامع المقاصد[٧] والمسالك[٨] والكفاية[٩]» وزيد في «المبسوط والتذكرة» الانتفاع بالأرض كما في «الكتاب» كما زيد في الثاني الاستظلال بالبناء، والكلّ بمعنى، ومَن اقتصر على الاستظلال بالشجر فرض المسألة في العارية للغرس.

والضابط كما في «المسالك» أنّه يجوز له الانتفاع منها بكلّ ما لا يستلزم

(١ و٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام العارية ج ٢ ص ٢١٣ س ٢١ و٨.

(٢ و٧) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٧٤.

(٣) المبسوط: في إعارة الأرض للغراس ج ٣ ص ٥٥.

(٥) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٦ ص ٢١٦.

(٦) اللمعة الدمشقية: في العارية ص ١٥٦.

(٨) مسالك الأفهام: في شرائط المعارج ٥ ص ١٤٩.

(٩) كفاية الأحكام: في العارية ج ١ ص ٧٠٧.

وللمستعير الدخول لسقي الشجر ومرمّة البناء دون التفرّج.

التصرّف في الغرس والبناء[1]. وهو معنى قوله في الكتاب «وكلّ ما لا يضرّ بالبناء» إذ معناه أنّه يجوز له كلّ ما لا يضر بالبناء، فتأمّل. قال في «التذكرة»: للمعير دخول الأرض والانتفاع بها والاستظلال، لأنّه جالس على ملكه، وليس له الانتفاع بشيءٍ من الشجر بثمر ولا غصن ولا ورق ولا غير ذلك ولا يضرب وتداً في الحائط ولا التسقيف عليه[2]. وفي «المبسوط[3] والتحرير[4]» ليس له الانتفاع بالشجر من شدّ دابّة وغيرها.

هذا وقال في «الشرائع»: للمستعير أن يدخل الأرض ويستظلّ بشجرها[5]. وهذا لم يذكره أحد كما في «المسالك[6]» إلّا الشهيد في «اللمعة» فإنّه ذكر جواز استظلال كلّ منهما بالشجر[7]. ولعلّه أجود من الاقتصار على المستعير، ثمّ إنّهم شرطوا[8] في جواز دخوله أن يدخل لما يتعلّق بمصلحة الشجر، وعلى تقدير جوازه له لا نكتة للشرائع في تخصيصه من بين الوجوه الّتي ينتفع بها إلّا أن يكون أراد بيان الفرد الأخفى، فتأمّل.

[فيما يجوز للمستعير الانتفاع به من عارية الأرض]

قوله: ﴿وللمستعير الدخول لسقي الشجر ومرمّة البناء دون التفرّج﴾ في «المبسوط[9] والتحرير» أنّه ليس له الدخول بغير حاجة، وزاد في الثاني: قطعاً،

(١ و٦) مسالك الأفهام: في شرائط المعار ج ٥ ص ١٤٩.
(٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام العارية ج ٢ ص ٢١٣ س ٨ ـ ٩.
(٣ و٩) المبسوط: في إعارة الأرض للغراس ج ٣ ص ٥٥.
(٤) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢١٦.
(٥) شرائع الإسلام: في العين المعارة ج ٢ ص ١٧٣.
(٧) اللمعة الدمشقية: في العارية ص ١٥٦.
(٨) منهم الشيخ في المبسوط: ج ٣ ص ٥٥ ـ ٥٦، والعلّامة في التحرير: ج ٣ ص ٢١٦، والشهيد الثاني في المسالك: ج ٥ ص ١٤٩.

قال: ليس له الدخول بغير حاجة قطعاً، وفي دخوله لحاجة سقي الغرس وجهان، قوّى الشيخ المنع[١]. وهو كذلك، لكنّه ذكره في مسألة بيع الغرس على الأجنبي، قال: والأقوى أنّه لا يجوز في المسألتين، ولم يذكر هنا إلّا الوجهين من دون تقوية لأحدهما، قال: وجهان، أحدهما: ليس له الدخول لأنّ الانتفاع بالأرض لا يجوز بعد رجوعه، والثاني: له ذلك لأنّا إن لم نجعل له الدخول لمصالح الغرس أتلفنا عليه ذلك وذلك لا يجوز[٢]، انتهى، وقد فرض المسألة في الرجوع في العارية، ونحوه ما في التحرير حيث فرض المسألة فيما إذا رجع المعير ولم يدفع قيمة الغرس ولا ضمن الأرش، وامتنعا من البيع، وظاهر جماعة خلاف ذلك كما تسمع، إلّا أن يُحمل على صورة عدم الرجوع وعدم البيع على الغير فتلتئم الكلمة. وعلى تقدير المنع ينبغي أن لا يدخل إلّا بأُجرة، فليتأمّل.

قال في «التذكرة»: ليس للمستعير دخول الأرض للتفرّج إلّا بإذن المعير، لأنّه تصرّف غير مأذون فيه، نعم يجوز له الدخول لسقي الشجر ومرمّة الجدر حراسةً لملكه عن التلف والضياع[٣]. ونحوه ما في «جامع المقاصد[٤] والمسالك[٥] والروضة[٦] والكفاية[٧]» لأنّ الاستعارة وقعت لمنفعة معيّنة وهو الغرس فلا يتعدّاها. وقد سمعت[٨] ما في «الشرائع واللمعة». وحكي[٩] عن الشافعيّة في الوجه الثاني المنع،

---

(١) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢١٦.

(٢) المبسوط: في إعارة الأرض للغراس ج ٣ ص ٥٥ ـ ٥٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام العارية ج ٢ ص ٢١٣ س ٩.

(٤) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٧٤.

(٥) مسالك الأفهام: في شرائط المعار ج ٥ ص ١٤٩.

(٦) الروضة البهيّة: في العارية ج ٤ ص ٢٦٦.

(٧) كفاية الأحكام: في العارية ج ١ ص ٧٠٧.

(٨) تقدّم في الصفحة السابقة.

(٩) حكاه عنه العلّامة في تذكرة الفقهاء: في أحكام العارية ج ٢ ص ٢١٣ س ١٠.

السابع: لكلٍّ من المستعير والمعير بيع ملكه من صاحبه ومن أجنبيّ.

لأنّه يشغل ملك الغير إلى أن ينتهي إلى ملكه. وقال في «التذكرة»: على ما اخترناه من الجواز لو تعطّلت البقعة على صاحب الأرض بدخوله لم يمكن إلّا بالأجرة جمعاً بين حفظ المالين [١].

ويعلم من قولهم أن ليس للمستعير الدخول للتفرّج أنّه لا يجوز لأحد الدخول إلى أرض غيره للتفرّج بطريق أولى إلّا بإذن المالك، نعم لو كان صديقاً توجّه الجواز مع عدم قرينة الكراهيّة، وقد نبّه على ذلك في «المسالك [٢]».

[في أنّ لكلّ من الطرفين بيع ملكه]

قوله: ﴿لكلٍّ من المستعير والمعير بيع ملكه من صاحبه ومن أجنبيّ﴾ أمّا بيع المستعير للمعير فممّا لا خلاف فيه فيما أجد، قال في «المسالك» الخلاف في بيعه لغير المعير [٣].

قلت: وكذا لا خلاف في بيع المعير للمستعير وللأجنبي، وإنّما الخلاف في بيع المستعير للأجنبي، ففي «المبسوط» أنّ الأقوى أنّه لا يجوز، لأنّه لا يمكن تسليمه [٤]. وقد تقدّم [٥] أنّه قوّى في «المبسوط» أنّه ليس له الدخول، فلا يمكن التسليم. وفي «التحرير» أنّه يبتني على جواز الدخول، فإن سوّغنا جاز البيع وإلّا

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام العارية ج ٢ ص ٢١٣ س ١٠.
(٢) مسالك الأفهام: في شرائط المعار ج ٥ ص ١٥٠.
(٣) المصدر السابق: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٦٠.
(٤) المبسوط: في إعارة الأرض للغراس ج ٣ ص ٥٦.
(٥) تقدّم في ص ٤١٢ـ٤٢٢ أنّه أفتى بعدم جواز الدخول بغير حاجة وما حكاه في المقام مطلق فتدبر.

فلا[1]. وقد نسب القول بالمنع في «جامع المقاصد» لبعض العامّة[2] وفي «المسالك» لبعضٍ منّا[3]، ولم يعيّنه. وقد حكاه في «التذكرة» عن أحد وجهي الشافعيّة، وقال: إنّهم استندوا إلى أنّه في معرض الهدم، ولأنّ ملكه غير مستقرّ، وردّه بأنّ الحيوان المشرف على التلف يجوز بيعه، وكذا العبد المستحقّ للقتل قصاصاً[4]. ولم يتعرّض هو ولا غيره لذِكر الشيخ ولا لدليله.

والقول بالجواز هو المشهور كما في «الروضة[5]» وخيرة «الشرائع[6] والتذكرة[7] واللمعة[8] وجامع المقاصد[9] والمسالك[10] والروضة[11]» لأنّه مالك غير ممنوع من التصرّف فيه فيبيعه على مَن شاء.

وفي «المبسوط[12] والتحرير[13] والتذكرة[14] وجامع المقاصد[15] والمسالك[16] والروضة[17]» أنّهما لو اتّفقا على بيع ملكهما معاً بثمن واحد صحّ، ووزّع الثمن عليهما، وفي الخمسة الأخيرة أنّه يقسّط الثمن على أرض مشغولة به على وجه الإعارة مستحقّ القلع بالأرش أو الإبقاء بالاُجرة أو التملّك بالقيمة مع التراضي وعلى ما فيها مستحقّ القلع على أحد الوجوه، فلكلّ حصّة ما يملكه. وأنت خبير بأنّ القلع لا تجري فيه الوجوه السابقة بل الأرش خاصّة، والآخران ـ أعني الاُجرة والقيمة ـ إنّما يجريان في الإبقاء، فالتعبير لا يخلو عن قصور.

(١ و١٣) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢١٧ و٢١٦.

(٢ و٩ و١٥) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٧٥.

(٣) ليس في المسالك المطبوع نقل المنع في المسألة، نعم نقله في الروضة: ج ٤ ص ٢٦٢ بتعبير «قيل» ولم يعيّنه ولعلّه وقع الاشتباه في المنقول فيه، فتدبّر.

(٤ و٧ و١٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام العارية ج ٢ ص ٢١٣ س ١١ ـ ١٤ و١٧.

(٥ و١١ و١٧) الروضة البهية: في العارية ج ٤ ص ٢٦٢.

(٦) شرائع الإسلام: في أحكام العارية ج ٢ ص ١٧٤.

(٨) اللمعة الدمشقيّة: في العارية ص ١٥٦.

(١٠ و١٦) مسالك الأفهام: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٦٠.

(١٢) المبسوط: في إعارة الأرض للغراس ج ٣ ص ٥٥.

الثامن: لو أعاره للغرس مدّةً معيّنةً فله الرجوع قبله وقبل انقضائها مع الأرش، وهو التفاوت بين كونها قائمةً إلى المدّة ومقلوعةً قبل انقضائها، وله الرجوع بعدها والإلزام بالقلع مجّاناً.

[في رجوع المعير إذا أعاره مدّة معيّنة]

قوله: ﴿لو أعاره للغرس مدّةً معيّنةً فله الرجوع قبله وقبل انقضائها مع الأرش﴾ قد أشار إليه المصنّف فيما سبق [1] وقد استوفينا الكلام فيه هناك. والتقييد بالأرش مخصوص بما إذا رجع قبل انقضاء المدّة، لأنّه إذا رجع قبل الغرس لا نقص.

قوله: ﴿وهو التفاوت بين كونها قائمة إلى المدّة ومقلوعةً قبل انقضائها﴾ في «المبسوط [2]» وغيره [3] أنّه التفاوت بين كونها مقلوعة وقائمة، وهو شامل لما إذا وقّت وأُطلق، والمراد أنّها تقوّم قائمة إلى المدّة إن وقّت، وتقوّم قائمة على حالها مستحقّة الإبقاء إن أُطلق، لأنّ بقاءها في الصورتين مستحقّ إلى أن يبذل الأرش، وقبله لا يجوز قلعها فيهما ـ أي الصورتين ـ. والمصنّف لمّا فرض المسألة في التوقيت قال: هو التفاوت بين كونها قائمة إلى المدّة ومقلوعة قبل انقضائها.

وأمّا الارش في الزرع فهو تفاوت ما بين كون الزرع مقلوعاً وبين أن يدرك إن فرض للمقلوع قيمة، وإلّا فجميع قيمته إذا أدرك. وقد تقدّمت [4] الإشارة إلى أرش البناء.

قوله: ﴿وله الرجوع بعدها والإلزام بالقلع مجّاناً﴾ كما في «التحرير [5] وجامع المقاصد [6]» وقد يقتضيه كلام «المبسوط [7]» بل قد يظهر ذلك من الجميع،

(١ و٤) تقدّم الكلام في المسألتين أي مسألة رجوع المعير قبل المدّة وبعدها ومسألة أنّه هل الرجوع يكون مع إعطاء الأرش أو بدونه؟ في ص ٤٠١ ـ ٤٠٦، فراجع.

(٢ و٧) المبسوط: في إعارة الأرض للغراس ج ٣ ص ٥٥.

(٣) كالعلّامة في تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢١٦.

(٥) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢١٦.

(٦) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٧٦.

ولا فرق بين الغرس والزرع، على إشكال، ينشأ من أنّ الغرس والبناء للتأبيد، وللزرع مدّة تنتظر، فليس له الرجوع قبلها.

لأنّ الظاهر أنّ فائدة توقيت المدة حيث توقّت إنّما هو لانتهاء مدّة العارية.

والظاهر من «التذكرة» أنّ فائدة التوقيت أنّ للمستعير تجديد الغرس في كلّ يوم إلى انقضاء المدّة، ولهذا فصّل تفصيلاً يخالف ما هنا، قال: إذا أعاره أرضاً للبناء أو للغرس عارية موقّتة أو أطلق، فإن كانت الإعارة مقيّدة بالمدّة كان للمستعير البناء والغرس في المدّة إلّا أن يرجع المعير، وله أن يجدّد كلّ يوم غرساً، فإذا انقضت المدّة لم يجز له إحداث البناء والغرس إلّا بإذنٍ مستأنف. ثمّ إنّ للمالك الرجوع في العارية قبل انقضاء المدّة بالأرش وبعدها مجّاناً إن شرط المعير القلع، أو نقض البناء بعد المدّة، أو شرط عليه القلع متى طالبه بالقلع عملاً بالشرط، فإنّ فائدته سقوط الغرم، فلا يجب على صاحب الأرض ضمان ما نقص الغرس بالقلع، ولا يجب على المستعير طمّ الحفر، لأنّه أذن له في القلع بالشرط. ثمّ قال ما حاصله: وإن لم يكن شرط القلع واختاره المستعير كان له ذلك، والأقوى أنّ عليه تسوية الحفر، لأنّه أحدث في أرض الغير حدثاً باختياره، وإن لم يختر القلع وأراده المعير فلابدّ من الأرش [1] وقد تقدّم الكلام في ذلك [2].

[في الفرق بين غرس الأرض وزرعها وعدمه]

قوله: ﴿ولا فرق بين الغرس والزرع، على إشكال، ينشأ من أنّ الغرس والبناء للتأبيد، وللزرع مدّة تنتظر، فليس له الرجوع قبلها﴾ قال في «الإيضاح»: ومن أنّ العارية غير لازمة. قال: وقد تقدّمت هذه المسألة [3]

---

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام العارية ج ٢ ص ٢١٣ س ١٩ فما بعد.

(٢) تقدّم في ص ٤١٢ و ٤٢٠ ـ ٤٢٣.

(٣) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٢٩.

وأشار[١] إلى خلاف الشيخ وابن إدريس مع الجماعة في جواز الرجوع قبل الإدراك وعدمه.

والمحقّق الثاني[٢] حمل العبارة على معنىً آخر أدقّ وأتقن يناسبه (يناسب ـ خ ل) سوق العبارة وإن بعُد عن نفس العبارة، وقد نبّه عليه في «التذكرة» قال: لو قيّد المعير للزرع مدّة فانقضت ولمّا يدرك، فإن كان ذلك لتقصير المستعير كالتأخير في الزرع قلع مجّاناً، وإن كان لهبوب الرياح وقصور الماء أو غير ذلك ممّا لا يعدّ تقصيراً للمستعير كان بمنزلة ما لو أعاره مطلقاً[٣]. يعني فيجب له الأرش كما لو أعاره للغرس ولم يقيّده بمدّة، فجزم به من دون إشكال وهو الّذي صحّحه المحقّق الثاني، قال في «جامع المقاصد» في تفسير العبارة: لو أعاره للزرع مدّة معيّنة فانقضت ولمّا يدرك فهل يكون الحكم كما سبق وهو وجوب القلع مجّاناً أم يفرّق بينهما فيكون الحكم في الزرع كالحكم فيما لو أعار للغرس ولم يقيّده بمدّة فيجب الأرش إذا أراد القلع؟ في الفرق وعدمه إشكال، ينشأ من أنّ البناء والغرس للتأبيد فيمكن التأقيت فيه بأيّ مدّة أراد المعير، لعدم تفاوت الأزمنة بالنسبة إليه، بخلاف الزرع فإنّ له مدّة تنتظر فلا يعتدّ بالتأقيت القاصر عنها، ومن أنّ الناس مسلّطون على أموالهم، والمسلمون عند شروطهم، ولم تصدر الإباحة من المالك إلّا إلى الأمد المخصوص، وقد دخل المستعير على القلع عند انقضائه فيجب الوفاء، وهو الأصحّ وضعف الأوّل ظاهر لا يخفى. وقال: موضع الإشكال ما إذا لم يكن عدم الإدراك مستنداً إلى تقصير المستعير، فإن أخّر باختياره حتّى ضاق الوقت وجب القلع مجّاناً قطعاً[٤].

---

(١) تقدّم في ص ٤٠٣.

(٢ و ٤) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٧٧.

(٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام العارية ج ٢ ص ٢١٣ س ٤٠.

(الثاني) الضمان:

العاريةأمانة لايضمنها المستعير إلّا بالتفريط فيالحفظ أو التعدّي

[في أنّ العارية لا تضمن إلّا بالتفريط أو التعدّي]

قوله: ﴿الثاني: الضمان﴾ هذا هو الثاني من أحكام الفصل الثاني.

قوله: ﴿العارية أمانة﴾ بالإجماع كما في «جامع المقاصد[1] والمسالك[2] والمفاتيح[3]» وظاهر «التذكرة[4]» ومن الأمانات الخاصّة والأصل فيها عدم الضمان عند الفرقةالمحقّة كما في «المهذّب البارع[5]» ونحوه إجماع «الغنية[6]» والنصوص[7] بذلك مستفيضة.

قوله: ﴿لا يضمنها المستعير إلّا بالتفريط في الحفظ أو التعدّي﴾ كما طفحت بهعباراتهم[8]. وفي «التنقيح[9]»الاجماع عليه. وإجماع«الغنية[10]» منطبق عليه وإن كان معقده التعدّي، بل كاد يكون ضرورياً، بل قيل[11]: كان يستغني عن استثنائهما، لأنّ معنى عدم ضمانه الأمانة في كلّ موضع أنّها لو تلفت بدونهما لم يضمن، ومقتضى كلامهم أنّه يضمن بهما وإن تلفت بسببٍ آخر غيرهما كما تقدّم

(١) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٧٨.

(٢ و ١١) مسالكِ الأفهام: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٥٣.

(٣) مفاتيح الشرائع: في أنّ العارية أمانة لا يضمن ج ٣ ص ١٦٨.

(٤) تذكرة الفقهاء: في ضمان العارية ج ٢ ص ٢١٤ س ١٩ ـ ٢٠.

(٥) المهذّب البارع: في العارية ج ٣ ص ١١.

(٦ و ١٠) غنية النزوع: في العارية ص ٢٧٦.

(٧) وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب أحكام العارية ج ١٣ ص ٢٣٦.

(٨) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في العارية ج٦ ص٧٨، والشهيد الثاني في المسالك: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٥٣، والكاشاني في مفاتيح الشرائع: في أنّ العارية أمانة لايضمن ج ٣ ص ١٦٨.

(٩) التنقيح الرائع: في الوديعة والعارية ج ٢ ص ٢٤٩.

أو اشتراط الضمان،

في الوديعة[١]، ولم يذكر هنا أنّها تضمن إذا أعارها ليرهنها إمّا لتقدّمه في باب الرهن أو للشكّ في كونها عارية.

[في أنّ العارية تضمن باشتراطه]

قوله: ﴿أو اشتراط الضمان﴾ إجماعاً كما في «الغنية[٢] وجامع المقاصد[٣]» وكذلك «التذكرة[٤]» وليس فيه مخالفة للعقل والنقل ولا لمقتضى العقد كما في «مجمع البرهان» وقولهم «مقتضى العارية التبرّع وعدم الضمان» يريدون به مع الإطلاق وعدم الشرط[٥]. وفرق بينها وبين الوديعة أنّ الوديعة لا تستعقب انتفاع الأمين بها فلا يناسبها الضمان.

ويدلّ عليه بعد قوله عليه‌السلام: «المسلمون عند شروطهم»[٦] الأخبار المستفيضة كصحيحة أبي بصير عن الصادق عليه‌السلام ... فقال رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله: بل عارية مضمونة[٧]، وصحيحة ابن مسكان قال: قال أبو عبدالله عليه‌السلام: لا يضمن العارية إلّا أن يكون اشترط فيها ضماناً إلّا الدنانير فإنّها مضمونة وإن لم يشترط فيها ضماناً[٨]، وحسنة الحلبي[٩] الصريحة بذلك أيضاً، وحسنة زرارة قال: قلت لأبي عبدالله عليه‌السلام: العارية مضمونة؟ قال: فقال: جميع ما استعرته فتوى فلا يلزمك تواه إلّا الذهب والفضّة فإنّهما يلزمان إلّا أن تشترط أنّه متى توى لم يلزمك تواه، وكذلك جميع ما استعرته

---

(١) تقدّم في ص ٢٧٤ ـ ٢٧٦ و ٢٨٠ ـ ٣٠٠.

(٢) غنية النزوع: في العارية ص ٢٧٦.

(٣) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٧٨.

(٤) تذكرة الفقهاء: في ضمان العارية ج ٢ ص ٢١٤ س ٣٠ ـ ٣١.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٧٢.

(٦) عوالي اللآلي: في الديون ج ٢ ص ٢٥٨ ح ٨.

(٧) وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب العارية ح ٤ ج ١٣ ص ٢٣٦.

(٨ و٩) وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب أحكام العارية ح ١ ج ١٣ ص ٢٣٩ و٢٣٦.

أو كانت ذهباً أو فضّةً وإن لم يشترط الضمان،

واشترط عليك لزمك، والذهب والفضّة لازمٌ لك وإن لم يشترط عليك[1]، وهذا الخبر رواه[2] المشايخ الثلاثة. ومثلها صحيحة إسحاق بن عمّار[3]، وصحيحة عبدالملك ابن عمرو على الصحيح فيه وفي جميل بن صالح عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال: ليس على صاحب العارية ضمان إلّا أن يشترط صاحبها، إلّا الدراهم فإنّها مضمونة اشترط صاحبها أم لم يشترط[4].

[في أنّ العارية تضمن إذا كانت النقدين]

قوله: ﴿أو كانت ذهباً أو فضّةً وإن لم يشترط الضمان﴾ إذا كان الذهب والفضّة دنانير أو دراهم فلا خلاف في ضمانهما، وإنّما الخلاف في غيرهما من الذهب والفضّة كالحليّ كما في «جامع المقاصد[5] والمسالك[6]» وعليه الإجماع

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب أحكام العارية ح ٢ ج ١٣ ص ٢٣٩.

(٢) لم يرو من المشايخ الثلاثة حسنة زرارة إلّا الكليني في الكافي: ج ٥ ص ٢٣٨، والشيخ في التهذيب: ج ٧ ص ١٨٣، وقال في الحدائق: ج ٢١ ص ٥٠٤: روى المشايخ الثلاثة عن محمّد بن مسلم: سألته عن العارية يستعيرها الإنسان فتهلك أو تسرق. قال فقال: إذا كان أميناً فلا غرم عليه. ولكن الظاهر أنّ هذه الرواية أيضاً لم يروها الشيخ في التهذيب: ج ٧ ص ١٨٢، والفقيه: ج ٣ ص ٣٠٢، وأمّا الكليني فرواها عن أبان، نعم في نسخة من الكافي ضبطت فيها «محمّد» بدل «أبان» الظاهر كونه ابن مسلم والّذي رواه المشايخ الثلاثة كلّهم بلا كلام هو رواية إسحاق بن عمّار فإنّه رواها في الكافي: ج ٥ ص ٢٣٩ ح ٨، وفي التهذيب: ج ٧ ص ١٨٣ ح ١٠، وفي الفقيه: ج ٣ ص ٣٠٢ ح ١، فراجع.

أمّا خبر إسحاق فهو مارواه عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال: العارية ليس على مستعيرها ضمان إلّا ما كان من ذهب أو فضّة فإنّهما مضمونان اشترطا أو لم يشترطا. رواه وروى خبر عبدالملك في الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٠ ح ٤ و٣.

(٣ و٤) وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب العارية ح ٤ و٣ ج ١٣ ص ٢٤٠.

(٥) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٧٨. (٦) مسالك الأفهام: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٥٥.

إلّا أن يشترط سقوطه،

في «الغنية[1] والإيضاح[2] والمفاتيح[3] والرياض[4]» وقدسمعت الأخبار، وستسمع تمام الكلام. وفي عبارة «جامع المقاصد» حزازة حيث حصر الخلاف في المصوغ[5].

[فيما إذا اشتراط السقوط في النقدين]

قوله: ﴿إلّا أن يشترط سقوطه﴾ أي الضمان فإنّه يسقط قطعاً كما في «جامع المقاصد[6]» وبه صرّح في «المبسوط[7]» وغيره[8]، وقد سمعت حسنة زرارة[9] ولكن قال في «التذكرة»: الأولى السقوط[10]، فتأمّل فيه. ولعلّه لأنّ فيه إسقاط ضمان ما لم يلزم، وقد بيّنّاه في الوديعة[11]، ويصحّ إسقاط ضمان ما اشترط ضمانه كما في «التذكرة[12]» وهو واضح.

ولو شرط سقوط الضمان مع التعدّي والتفريط فاحتمالان: الجواز لأنّه في قوّة الإذن في الإتلاف كما لو أمره بإلقاء متاعه في البحر، والعدم لأنّهما من الأسباب فلا يعقل إسقاطه قبل وقوعه. وقوّى الأوّل في «الروضة[13]» وهو ظاهر «اللمعة[14]» وذلك بخلاف الاستعارة من المستعير واستعارة الصيد المأخوذ من الحرم واستعارة المحرم له فإنّ الضمان في هذه الثلاثة لا يسقط باشتراط سقوطه.

(١) غنية النزوع: في العارية ص ٢٧٦. (٢) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٢٩.
(٣) مفاتيح الشرائع: في أنّ العارية أمانة لا يضمن ج ٣ ص ١٦٨.
(٤) رياض المسائل: في العارية ج ٩ ص ١٨٠.
(٥ و٦) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٧٨. (٧) المبسوط: في العارية ج ٣ ص ٤٩.
(٨) كالعلّامة في إرشاد الأذهان: في العارية ج ١ ص ٤٣٩.
(٩) تقدّم في ص ٤٢٩.
(١٠ و١٢) تذكرة الفقهاء: في ضمان العارية ج ٢ ص ٢١٤ السطر الأخير.
(١١) تقدّم في ص ٢١٨ ـ ٢٢٢ و٢٢٤ ـ ٢٢٨.
(١٣) الروضة البهية: في العارية ج ٤ ص ٢٦٨ ـ ٢٦٩. (١٤) اللمعة الدمشقيّة: في العارية ص ١٥٧.

وفي دخول المصوغ نظر،

[حكم الضمان في المصوغ من العارية]

قوله: ﴿وفي دخول المصوغ نظر﴾ يريد أنّ في دخول المصوغ منهما في الحكم بالضمان نظر. ومثله ما في «التذكرة[1] والتنقيح[2] والمفاتيح[3]» من عدم الترجيح. وظاهر «المقنع[4] والنهاية[5] والمبسوط[6] وفقه الراوندي[7] والشرائع[8] والنافع[9] والتحرير[10] والإرشاد[11] والمختلف[12] وقواعد الشهيد[13]» الحكم بالضمان حيث قيل فيها: إلّا أن يكون ذهباً أو فضّة، بل قد يدّعى أنّه صريحها كما هو صريح «اللمعة[14] والمهذّب البارع[15] وجامع المقاصد[16] والمسالك[17] والروضة[18] ومجمع البرهان[19]» بل هو الظاهر من «المقنعة[20] والمراسم[21] والكافي[22] والغنية[23]

(١) تذكرة الفقهاء: في ضمان العارية ج ٢ ص ٢١٥ س ٤.
(٢) التنقيح الرائع: في العارية ج ٢ ص ٢٤٩.
(٣) مفاتيح الشرائع: في أنّ العارية أمانة لا يضمن ج ٣ ص ١٦٨.
(٤) المقنع: في الرهن والوديعة والعارية وغير ذلك ص ٣٨٦.
(٥) النهاية: في الوديعة والعارية ص ٤٣٨.
(٦) المبسوط: في العارية ج ٣ ص ٤٩.
(٧) فقه القرآن: في العارية ج ٢ ص ٦٣.
(٨) شرائع الإسلام: في أحكام العارية ج ٢ ص ١٧٤.
(٩) المختصر النافع: في العارية ص ١٥١.
(١٠) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢١٧.
(١١) إرشاد الأذهان: في العارية ج ١ ص ٤٣٩.
(١٢) مختلف الشيعة: في العارية ج ٦ ص ٧١.
(١٣) القواعد والفوائد: قاعدة ٢٦٣ ج ٢ ص ٢٧٢.
(١٤) اللمعة الدمشقية: في العارية ص ١٥٦.
(١٥) المهذّب البارع: في الوديعة والعارية ج ٣ ص ١٢.
(١٦) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٧٨ ـ ٧٩.
(١٧) مسالك الأفهام: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٥٧ ـ ١٥٨.
(١٨) الروضة البهية: في العارية ج ٤ ص ٢٦٤ ـ ٢٦٥.
(١٩) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٧٥.
(٢٠) المقنعة: في العارية ص ٦٣٠.
(٢١) المراسم: في أحكام العارية ص ١٩٤.
(٢٢) الكافي في الفقه: في العارية ص ٣٢٩.
(٢٣) غنية النزوع: في العارية ص ٢٧٦.

والسرائر[١]» حيث قيل فيها: إلّا أن يكون ورقاً أو عيناً، بل ظاهر «الوسيلة[٢] والتبصرة[٣]» حيث قيل فيها: الثمن، إذ قد فسّر الثمن بالورق والعين، وقد فسّر الورق في «القاموس[٤] والنهاية[٥]» وكتب التفسير[٦] بالفضّة، وفي «مجمع البحرين[٧]» بها وبالدراهم المضروبة، وفسّر العين في «القاموس[٨]» بالدينار والذهب، لكن في «الصحاح[٩]» أنّه ما ضرب من الدينار، وفسّر الورق بالدراهم المضروبة، وقد قالوا[١٠] في الصرف: إنّه بيع الأثمان بالأثمان، وقالوا[١١]: إنّ المراد بالأثمان الذهب والفضّة سواء كانا مسكوكَين أم لا.

وكيف كان، فالظاهر أنّ مراد هؤلاء هنا ما هو أعمّ من الدراهم والدنانير ظهوراً لا يكاد ينكر، بل هو ظاهر «الفقيه[١٢]» حيث لم يذكر إلّا أخبار الذهب والفضّة، والشيخ في «التهذيب والاستبصار» لم يتعرّض للجمع

---

(١) السرائر: في العارية ج ٢ ص ٤٣٠.

(٢) الوسيلة: في بيان العارية ص ٢٧٦.

(٣) تبصرة المتعلّمين: في العارية ص ١٠٦.

(٤) القاموس المحيط: ج ٣ ص ٢٨٨ مادّة «الورق».

(٥) النهاية لابن الأثير: ج ٥ ص ١٧٥ مادّة «ورق».

(٦) منها تفسير التبيان: ج ٧ ص ٢٣ آية ١٩، ومجمع البيان: ج ٦ ص ٤٥٧ آية ١٩، وتفسير الكشّاف: ج ٢ ص ٧١٠ آية ١٩.

(٧) مجمع البحرين: ج ٥ ص ٢٤٥ مادّة «ورق».

(٨) القاموس المحيط: ج ٤ ص ٢٥١ مادّة «العين».

(٩) الصحاح للجوهري: ج ٦ ص ٢١٧٠ مادّة «عين»، وليس فيه «ما ضرب من الدينار»، وج ٤ ص ١٥٦٤ مادّة «ورق».

(١٠) منهم المحقّق في المختصر النافع: في الصرف ص ١٢٨، والعلّامة في نهاية الإحكام: في الصرف ج ٢ ص ٥٥٩، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في الصرف ج ٤ ص ١٨١.

(١١) منهم العلّامة في تذكرة الفقهاء: في الصرف ج ١٠ ص ٤١٣، وصاحب رياض المسائل: في الصرف ج ٨ ص ٣١٤، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في بيع الصرف ج ٣ ص ٣٣٢.

(١٢) من لا يحضره الفقيه: في الصرف ج ٣ ص ٢٨٨ ح ٤٠٤٠.

بين الأخبار، لأنّه لم يفهم التنافي، فكانت كلمةالمتقدّمين متّفقة على ذلك، بل ومعظم المتأخّرين، إذ لم يُعرف الخلاف من أحد قبل الفخر في «الإيضاح» بلفظ الأقوى[١] وقد بنى خلافه على أصلٍ فاسد مخالف للقوانين كما ستسمع، وبعد ثلاثمائة سنة أو أكثر تبعه صاحب «إيضاح النافع»وبعد ذلك تبعهما صاحب «الكفاية[٢]» وشيخنا صاحب «الرياض[٣]» وقد بنيا ذلك أيضاً على أصلٍ فاسد ستسمعه إن شاءالله تعالى. هذا كلّه مضافا إلى إجماع «الغنية» وعمل مَن لا يعمل إلّا بالقطعيّات.

وأمّا ما في «المختلف[٤] والتنقيح[٥]» من أنّه المشهور بين الأصحاب فإنّ هذه الشهرة لم تسق لخلاف في المسألة، بل لخلاف أبي عليّ[٦] والتقيّ[٧] في ضمان الحيوان ونقص التالف، وما وجدنا أحداً حكى خلافاً في المسألة إلّا الشهيد[٨] حكاه عن الفخر خاصّة، وحكاه بعده المحقّق الثاني[٩] والشهيد الثاني[١٠] من دون تعيين المخالف، لكن كلامهما يرشد إلى أنّهما أرادا الفخر، لأنّهما ذكرا ما يردّ استدلاله، بل الفخر[١١] لم يحك فيه خلافاً، وصاحب «التنقيح» ذكر عدم الضمان احتمالاً، على أنّ هاتين الشهرتين ترشدان إلى أنّ ضمان الذهب

(١ و١١) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٢٩ ـ ١٣٠.

(٢) كفايه الأحكام: في العارية ج ١ ص ٧١٠.

(٣) رياض المسائل: في العارية ج ٩ ص ١٨٠ ـ ١٨١.

(٤) مختلف الشيعة: في العارية ج ٦ ص ٧١.

(٥ و٦) التنقيح الرائع: في العارية ج ٢ ص ٢٤٩.

(٧) الكافي في الفقه: في العارية ص ٣٢٩.

(٨) لم نعثر في كتب الشهيد ولا في كتب غيره على حكاية عدم‌الضمان في المصوغ عن الفخر. نعم عبارة الفخر في الإيضاح صريحة في ذلك، فراجع إيضاح الفوائد في شرح القواعد: ج ٢ ص ١٢٩ ـ ١٣٠.

(٩) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٨٠.

(١٠) مسالك الأفهام: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٥٥.

والفضّة من المسلّمات كما يظهر ذلك على مَن لحظهما.

ولابدّ قبل النظر في الأخبار من بيان أمرين:

الأوّل: أنّ العامّ إنّما يبنى على الخاصّ إذا تنافى ظاهرهما إمّا بالإثبات والنفي، كأكرم الرجال لا تكرم الجهّال، أو بوصفٍ يظهر منه التنافي، كاقطع كلّ سارق اقطع كلّ سارق من الحرز ربع دينار. وأمّا حيث لا تنافي كأكرم العلماء وأكرم زيداً العالم، وكقولنا: عارية الذهب والفضّة مضمونة وعارية الدراهم والدنانير مضمونة، فهو من التنصيص والتأكيد.

الثاني: أنّ وجوب حمل المطلق على المقيّد إنّما هو حيث يعلم أنّ المتكلّم أراد من المطلق فرداً واحداً معيّناً عنده غير معيّن عند المخاطب، وهو معنى قولهم: المقيّد بيان للمطلق والخاصّ بيان للعام. وبه يتمّ تقسيمهم المجمل إلى ما له ظاهر وما ليس له ظاهر، فمرادهم بما له ظاهر هو الظاهر في الظاهر والنظر الأوّل، ومرادهم بكون الخاصّ مبيّناً للعامّ والمقيّد مبيّناً للمطلق أنّ العامّ والمطلق مجملان في النظر الثاني بعد ظهور الحال[1].

---

(١) لايخفى عليك أنّ قياس المطلق والعامّ بالمجمل قياس مع الفارق ومع ذلك خلاف ما بني عليه القوم في اصطلاحهم. فإنّ المطلق والعامّ هما اللذان لو لم يكن هناك مقيّد أو خاصّ لكان الأخذ بهما في مقام الدلالة متيقّناً حتمياً عند الكلّ وذلك لانعقاد ظهور الكلام في المدلول المتّبع في كلّ كلام في الأول ولانعقاد النصّ والتصريح في المدلول الحاكم بحجيّته كلّ عرف وملّة في الثاني وإنما المقيّد والخاصّ فيهما يخرج بعض مدلول الكلام استثناءً لكونهما قرينتان على التعيين والّذي يوجب هذا الاستثناء وهذا التقييد أو التخصيص هو العلم بأنّ المراد من المطلق والمقيّد المفروضين هو إرادة صرف الوجود أو وحدة الوجود منهما لا مطلق الوجود، يعني أنا نعلم أنّ مراد المتكلّم من قوله: «اعتق رقبة» وقوله: «أعتق رقبة مؤمنة» وقوله «اكرم العلماء» وقوله «اكرم العلماء العدول» هو إرادة عتق أحد أصناف الرقبات لا كلّها فحينئذٍ نأخذ بالمقيّد لأنه قرينة على تعيين هذا الصنف من الرقبة، وعليه لا فرق بين جميع أصناف المطلق والمقيّد بل وجميع أصناف العامّ والخاصّ سواء وردا في الأحكام الإلزامية أو غير الإلزامية إذا حصل لنا العلم بوحدة المراد من الأمرين. وأمّا لو لم يكن لنا هذا العلم بل نحتمل إرادة كلّ ←

والحاصل: أنّ المطلق أو العامّ ينكشف بعد ورود المقيّد أو الخاصّ أنّه كان مجملاً مراداً به فرد واحد معيّن عنده مبهم عند المخاطب، فلا تنافي بين وصف العامّ أو المطلق بالظاهر والمجمل، وذلك إنّما يتمّ حيث يكون بينهمااختلاف وتنافٍ بتوصيفٍ ونحوه ممّا يفيد بيان ما أُجمل، كما هو الشأن في العامّ والخاصّ، كقولك: اتّجر بالفضّة اتجر بالفضة الخالصة، ولا كذلك اتّجر بالفضّة اتّجر بالدراهم، لأنّ الأمر بالكلّي أمر ببعض أفراده والأمر ببعض الأفراد لا ينافي الأمر بالكلي، فلا اختلاف بل ولا إجمال، والحاكم بذلك العرف، واستوضح ذلك حيث يقوم احتمال عدم الإجمال كما في المستحبّات، كما: إذا أمذيت فتوضّأ، إذا أمذيت من شهوةٍ فتوضّأ، فإنّه لاتقييد هنا، لأنّ مراتب الاستحباب تتفاوت، فيُحمل المقيّد على تأكّد الاستحباب عند الأُستاذ الشريف ﷺ [١] وجماعة [٢] ومن ذلك يُعرف عدم التفاتهم إلى التقييد في غير التكليفيّات كالقصص والحكايات.

← أصناف المطلق أو العامّ وأفرادهما كما في المثالين المتقدمين فلاوجه لحمل المطلق على المقيّد أو حمل العامّ على الخاصّ.

إن قلت: فما معنى حكم الجلّ بل الكلّ بوجوب الفحص عن المخصّص أو المقيّد قبل العمل بالعامّ أو المطلق ولو كان المطلق أو العامّ ظاهراً أو نصاً في المدلول لم يصحّ التوقّف عن العمل بهما. قلت: حكمهم بوجوب الفحص عن المخصّص أو المقيّد إنّما هو لأجل العلم بوجود كثير من المقيّدات للمطلقات والمخصّصات للعمومات فهذا حكم عقلي إلزامي يجب اتّباعه وإلّا لم نعلم بفراغ التكليف وليس سرّ وجوب الفحص عنهما إجمال اللفظ وعدم ظهوره ولذا لو علمنا بعدم المقيّد أو الخاصّ في عامّ أو مطلق يجوز لنا الاخذ بمفهومهما والعمل بمدلولهما. ثمّ إنّ تحصيل العلم بإرادة صرف الوجود أو بعدم إرادته من المطلق والمقيّد ومن العامّ والخاص المثبتين مشكل جداً حتّى في المستحبّات، فبمجرّد أنه لاتنافي بين الأمر بالكلّي والأمر ببعض أفراده لايجب لنا حصول العلم بعدم إرادة صرف الوجود من الدليلين كما أنّ الأمر كذلك في كثير من أمثلة المطلق والمقيّد أو العامّ والخاصّ، فراجع وتأمّل، والتوضيح أكثر من ذلك يخرج الكلام من التحشية.

(١ و ٢) لم نعثر على مقال الأُستاذ وعلى هذه الجماعة حسبما تصفّحنا فيما بأيدينا، فراجع.

إذا تقرّر هذا فقد عرفت آنفاً[١] أنّ صحيحة ابن مسكان قد تضمّنت استثناء الدنانير من عدم الضمان، وصحيحة عبدالملك[٢] تضمّنت استثناء الدراهم، وحسنة زرارة[٣] تضمّنت استثناء الذهب والفضّة، ومثلها صحيحة إسحاق بن عمّار[٤] على الصحيح فيه إذا كان راوياً عن الصادق عليه السلام وفي علي بن السندي. وهناك أخبار أُخر عامّة ناطقة بعدم الضمان من غير تقييد، كصحيحة الحلبي[٥] وغيرها[٦]، وقد قال في «الإيضاح»: إنّ روايتي عبدالملك وابن مسكان قد حكم فيهما بعدم ضمان العارية، وهو عامّ، لأنّ النكرة في النفي عامّ، إلّا في الدراهم والدنانير واشتراط الضمان، فيدخل المصوغ في عموم عدم الضمان، لأنّه ليس بدراهم ولا دنانير. وقال: إنّ هذا مخصّص للاستثناء الأوّل يعني الذهب والفضّة، قال: لأنّ الأوّل أعمّ من هذا ـ إلى أن قال: ـ فكانت هاتان الروايتان أخصّ من الأوّل، والعامّ يبنى على الخاصّ[٧].

وقد عرفت الشرط في بناء العامّ على الخاصّ، ونعمَ ما قال في «جامع المقاصد» في ردّ هذا: لا محصّل له ولا ينطبق على القوانين، لأنّ استثناء الذهب والفضّة تارةً واستثناء الدراهم والدنانير تارةً أُخرى لا يقتضي أكثر من أنّ أحد المخصّصين أعمّ من الآخر مطلقاً فيخصّ العامّ بكلٍّ منهما، لا أنّ أحدهما يخصّص الآخر. قال: وما توهّمه بعضهم من أنّ أحدهما مطلق والآخر مقيّد فيحمل المطلق على المقيّد ليس بشيء أيضاً، لأنّه إذا أُخرج من العموم الدراهم والدنانير في لفظ وأُخرج الذهب والفضّة في لفظٍ آخر لم يكن بينهما منافاة، لأنّ إخراج الكلّي إخراج لبعض أفراده، كما أنّ إخراج البعض لا ينافي إخراج الكلّي[٨]، انتهى، وهو عين ما قدّمناه، وتبعه على ذلك صاحب «المسالك[٩]» وأطال في تحريره وتهذيبه.

(١ ـ ٤) تقدّم في ص ٤٢٩ ـ ٤٣٠.

(٥ و٦) وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب العارية ح ٦ ـ ٨ ج ١٣ ص ٢٣٧.

(٧) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٣٠.

(٨) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٧٩ ـ ٨٠.

(٩) مسالك الأفهام: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٥٥ ـ ١٥٨.

وقال صاحب «الكفاية[1]» وتبعه شيخنا صاحب «الرياض[2]» أنّه وقع التعارض بين الأخبار، ولابدّ من حمل العامّ على الخاصّ أو المطلق على المقيّد إذا كان بينهما تنافٍ، كما إذا كان أحدهما مثبتاً والآخر منفيّاً، والمستثنى في خبر زرارة لا ينافي المستثنى في خبر عبدالملك وابن سنان لتوافقهما في كونهما إثباتاً، وكذا المستثنى منه من الجانبين لتوافقهما على كونهما منفيّين، بل وقع التعارض بين المستثنى منه في خبري الدراهم والدنانير ـ وحاصله: لا ضمان في غير الدراهم والدنانير ـ وبين المستثنى في خبري الذهب والفضّة، والنسبة بين الموضعين عموم من وجه يمكن تخصيص كلّ منهما بالآخر، فإن خصّص الأوّل بالثاني كان الحاصل لا ضمان في غير الدراهم والدنانير إلّا أن يكون ذهباً أو فضّة، وإن خصّص الثاني بالأوّل كان الحاصل كلّ من الذهب والفضّة مضمونان إلّا أن يكون غير الدراهم والدنانير، فالأمر المشترك بين الحكمين ثابت، وهو حصول الضمان في الدراهم والدنانير، فلابدّ من استثناء هذا الحكم عن عموم الأخبار الدالّة على عدم الضمان، وتبقى الأخبار في غير ذلك سالمة عن المعارض. فإذاً المتّجه الحكم بعدم الضمان في غير الدراهم والدنانير.

ونحن نقول: أوّلاً أن ليس بينهما عموم وخصوص من وجه عند التأمّل الصادق، بل المستثنى في خبري الذهب والفضّة تخصيصٌ آخر، غاية الأمر أنّه خصّص العامّ بمخصّصين أحدهما أعمّ من الآخر كما مرّ ولم يقدّر العامّ فيهما. وثانياً على تقدير التسليم أنّ القاعدة في الموضعين اللذين بينهما عموم وخصوص من وجه أن ينظر إلى الترجيح، فما كان أرجح بقي على عمومه وخصّص الآخر به. وخبرا الذهب والفضّة أرجح من وجوه:

منها: أنّ من رواتهما زرارة، وهو أصدع بالحقّ.

ومنها: أنّهما أصحّ سنداً من بعض تلك.

---

(١) كفاية الأحكام: في العارية ج ١ ص ٧٠٩.

(٢) رياض المسائل: في العارية ج ٩ ص ١٨٠ ـ ١٨١.

أو استعار من المستعير،

ومنها: شهرة العمل بهما، بل إطباق الأصحاب على ذلك إلّا مَن شذّ كما عرفت[١].

ومنها: أنّ تخصيص الثاني بالأوّل يرجع إلى قولنا: الذهب مضمون إلّا أن يكون غير دينار، وهو بعيدٌ عن كلام الحكيم تصريحاً ولزوماً وإن هو إلّا كالأكل باليد من وراء الرداء.

ومنها: أنّه يلزم منه حمل أخبار الباب على كثرتها على فردٍ نادر لا تمسّ الحاجة إليه إلّا نادراً وهو الضرب على طبعها مثلاً.

ومنها: أنّ الذهب والفضّة لو لم يضمنا لتوصّل كثير من الناس إلى أكل أموال الناس بالعارية، أو إلى ترك الناس المستحبّ المندوب إليه بأنّ زكاته إعارته، فكان تخصيصهم مخالفاً للاعتبار وحكمة الشارع.

ومنها: أنّ أحد الخبرين الآخرين لم يخصّ إلّا الدنانير وأُبقي الباقي فيه على حكم عدم الضمان صريحاً، والآخر لم يستثن إلّا الدراهم وأُبقي الباقي فيه على حكم عدم الضمان كذلك، فدلالتهما قاصرة، والعمل بظاهر كلٍّ منهما لم يقل به أحد، بخلاف خبري الذهب والفضّة.

سلّمنا أنّ التخصيص بهما معاً لكن كلّ واحد مع قطع النظر عن صاحبه قاصر، لأنهما وقعا في وقتين. فظهر أنّ إرادة الحصر من كلٍّ منهما غير مقصودة، فلم يكونا ليخرجا عن القصور في الدلالة على المطلوب. ومثل ذلك يقال في مقام الترجيح.

ثمّ إنّه من الممكن الّذي لا ينكره العرف أن يراد بالدنانير والدراهم في الخبرين الذهب والفضّة فلا منافاة أصلاً، ولعلّ إليه نظر القدماء.

[في ضمان المستعير من المستعير]

قوله: ﴿أو استعار من المستعير﴾ أي يضمن سواء تعدّى فيها وفرّط أم

---

(١) تقدّم في ص ٤٣٠ ـ ٤٣١.

أو صيداً في الحرم، أو كان محرماً، فيضمن ما يجب ضمانه بالمثل إن كان مثليّاً، وإلّا فالقيمة يوم التلف، ويحتمل أعلى القيم من حين الضمان إلى حين التلف.

لا، وسواء شرط المعير الضمان أم لا، وسواء كانت يد المعير يد أمانة أو يد ضمان، لأنّه استولى بغير إذن المالك، لأنّها عارية من غير المالك، فكانت غصباً في الحقيقة لا عارية، ولمّا كانت بصورة العارية أجروا عليها اللفظ، فلا استثناء عند التحقيق، وفي صحيح إسحاق بن عمّار المتقدّم[١] آنفاً: «إذا استعيرت عارية بغير إذن صاحبه فهلكت فالمستعير ضامن» ومنه يُعلم أنّه لو أذن له المالك في أخذها من المستعير ولم يعلم فأعاره إيّاها فإنّه لا يضمن.

[في ضمان المستعير صيد الحرم]

قوله: ﴿أو صيداً في الحرم﴾ يريد أنّه إذا استعار صيداً أخذ من الحرم ضمنه، لأنّه ممنوع منه وإن كان محلاً، فكان متعدّياً باستيلائه عليه.

قوله: ﴿أو كان محرماً﴾ أي إذا كان المستعير محرماً والعارية صيد فإنّه يضمن، لأنّ إمساكه حرام، فيكون متعدّياً أو ضامناً، وقد تقدّم[٢] الكلام فيه مفصّلاً رافعاً للإشكال.

[فيما به يضمن الضامن]

قوله: ﴿فيضمن ما يجب ضمانه بالمثل إن كان مثليّاً، وإلّا فالقيمة

---

(١) لم يتقدّم متن الخبر وإنّما تقدّمت الإشارة إلى اسمه بالنسبة إلى صدر الخبر، وأمّا ذيله وهو هذا الّذي ذكره الشارح فلم يذكره إلّا هنا، فتأمّل. وكيف كان فقد روى ذيل الخبر المذكور في الوسائل: ج ١٣ ص ٢٤٠ ح ١.

(٢) تقدّم في ص ٣٨١ ـ ٣٨٢.

ويجب ردّ العين مع الطلب والمكنة، فإن أهمل معهما ضمن.

يوم التلف، ويحتمل أعلى القيم من حين الضمان إلى حين التلف﴾ تقدّم الكلام في مثل ذلك مراراً، وقد استوفيناه[1] في بيع الفضولي ورجّحنا ضمان قيمته يوم التلف بمعنى حين التلف.

[في وجوب ردّ العين مع المكنة]

قوله: ﴿ويجب ردّ العين مع الطلب والمكنة، فإن أهمل معهما ضمن﴾ كما صرّح به في «التذكرة[2]» ونبّه عليه في «المبسوط[3]» وغيره[4].

وينبغي أن يكون فوراً في أوّل أوقات الإمكان كما مرّ في الوديعة[5] عملاً بالقاعدة المقرّرة من أنّه يجب أن يقتصر في وضع اليد على مال الغير على القدر المتحقّق معه إذنه، والمطالبة بالردّ تقتضي انقطاعه، فلا يجوز له التصرّف زيادة على ما يتحقّق به. وهل يجوز له التأخير إلى الإشهاد؟ احتمالات تقدّمت في الوديعة[6].

ومؤنة الردّ هنا على المستعير كما في «التذكرة» وغيرها كما يأتي[7] لأنّها نوع من المعروف، فلو كلّف المالك مؤنة الردّ امتنع الناس من الإعارة.

---

(١) تقدّم في ج ١٢ ص ٦٣٥ ـ ٦٣٨ ما يدلّ على ذلك، إلّا أنّ الّذي ينبغي أن تذكر به الناظر المحقّق أنه ﷺ إنّما رجّح القيمة حين التلف في بيع الفضولي في العين القيمي لا المثلي وعبارته تشعر بأنه قال ذلك مطلقاً، فلا تغفل.

(٢) تذكرة الفقهاء: في ضمان العارية ج ٢ ص ٢١٥ س ٧.

(٣) المبسوط: في العارية ج ٣ ص ٥٠.

(٤) كما في جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٨١.

(٥) تقدّم في ص ٣٢٢.

(٦) تقدّم في ص ٣٣٠ ـ ٣٣٦.

(٧) يأتي في ص ٤٩١ ـ ٤٩٢ وقد أحال الشارح تفصيل المسأله هنا على ما يأتي وسيأتي فيما يأتي وهو الفرع الثاني من فروع التنازع أنه يحيل تفصيلها إلى ما تقدّم وكم له من نظير.

ولو تلفت بالاستعمال، كثوب انمحق باللبس فإشكال ينشأ من استناد التلف إلى مأذون فيه، ومن انصراف الإذن غالباً إلى استعمال غير متلف،

[في ما لو تلفت بالاستعمال المأذون]

قوله: ﴿**ولو تلفت بالاستعمال ـ كثوب انمحق باللبس ـ فإشكال، ينشأ من استناد التلف إلى مأذونٍ فيه، ومن انصراف الإذن غالباً إلى استعمالٍ غير متلف**﴾ عدم الضمان خيرة «التحرير [1] والإرشاد [2] والكتاب» كما يأتي [3] قريباً و«الحواشي [4] والروضة [5] ومجمع البرهان [6]» لأنّه سلّطه على ما يقتضي ذلك بلا عوض، فلا معنى للإلزام بالعوض، لأنّ مقتضى إطلاق هذا العقد عدم الضمان، والمفروض أنّه أطلق، فلو لبس الثوب حتّى بلي وانمحق وأذهب الشمعة بالإشعال إن جوّزنا إعارتها فلا ضمان.

وقد استدلّ عليه في «مجمع البرهان [7]» بالروايات الصحيحة مثل صحيحة ابن سنان [8] ـ والظاهر أنّه عبدالله، لتصريحه به في «الكافي [9]» ـ ولرواية النضر عنه وروايته عن أبي عبدالله عليه السلام عن العارية، قال: لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت إذا كان مأموناً [10].

وفي «جامع المقاصد» أنّ الّذي يقتضيه النظر أنّ الاستعمال المتلف متى كان

---

(١) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢١٧.
(٢) إرشاد الأذهان: في العارية ج ١ ص ٤٣٩.
(٣) سيأتي في ص ٤٤٧ ويأتي هناك ما ظاهره عدم الإشكال.
(٤) لم نعثر عليه.
(٥) الروضة البهية: في العارية ج ٤ ص ٢٦٣.
(٦ و ٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٧١.
(٨) وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب العارية ح ٣ ج ١٣ ص ٢٣٦.
(٩) الكافي: في ضمان العارية والوديعة ج ٥ ص ٢٣٩ ح ٥.
(١٠) تهذيب الأحكام: في العارية ج ٧ ص ١٨٢ ح ٤.

فإن أوجبناه ضمن بالقيمة آخر حالات التقويم، وكذا لو اشترط الضمان فنقصت بالاستعمال ثمّ تلفت،

بحيث يتناوله عقد العارية لا يستعقب ضماناً، واختاره في التحرير، وفيه قوّة. نعم لو شكّ في تناول اللفظ إيّاه فالضمان قويّ. ولا أستبعد أن يكون من صوَر الثاني ما لو أذن له في لبس الثوب ولم يزد، بخلاف ما لو أذن في كلّ لبس أو في لبسه دائماً، لأنّ إذنه في لبسه في الجملة لا يقتضي الإذن في كلّ لبس[1]، انتهى. وقد سمعت ما في التحرير. وقد يُفهم من عبارة «اللمعة[2]» أنّها لو تلفت به ـ أي الاستعمال ـ ضمنها، ولعلّه لأنّ الغالب في الاستعمال ما لا يكون متلفاً، فيحمل الإطلاق عليه وهو أحد وجهي الإشكال في الكتاب، والوجه الثاني أنّ ظاهر الإذن في الاستعمال يدلّ على تجويز كلّ استعمال. وعليهما ينزّل ما في الكتاب، لأنّهما ـ أي وجهي الإشكال فيه ـ بظاهرهما لا يتعلّقان بمسألة واحدة، لأنّ الاستعمال المتلف إمّا أن يكون بحيث يتناوله الإذن فيكون مأذوناً فيه أو لا، فعلى الأوّل لايجيء الوجه الثاني، وعلى الثاني لا يجيء الأوّل كما بيّنه في «جامع المقاصد[3]».

ويبقى الكلام في استشكاله هنا وجزمه بعدم الضمان فيما يأتي من دون تقادم عهد، وقد يُحمل كلامه هنا على أنّه من تتمّة ما قبله ليوافق ما يأتي كما ستسمع[4]، فتكون مسألة اُخرى.

قوله: ﴿فإن أوجبناه ضمن بالقيمة آخر حالات التقويم﴾ أي فإن أوجبنا الضمان في هذه الصورة حملاً للإذن في الاستعمال على استعمال غير متلف ضمنه بقيمة آخر حالات تقويمه قبيل التلف، لأنّ الضمان حينئذٍ منتفٍ إلى حين التلف.

قوله: ﴿وكذا لو اشترط الضمان فنقصت بالاستعمال ثمّ تلفت﴾

(١ و٣) جامع المقاصد: في العارية ج٦ ص٨٢. (٢) اللمعة الدمشقية: في العارية ص١٥٦.

(٤) تقدّم ما يتعلّق بذلك في الصفحة السابقة هامش ٣ وقد أقرّ الشارح‌ هنا بما أشرنا إليه هناك.

إذا شرط الضمان فإمّا أن يشترط ضمان عين المستعار على تقدير التلف فلا يضمن إلّا العين خاصّة، أو يشترط ضمان نقصانه على تقديره، فيضمن النقصان خاصّة إلى أن تنتهي حالات تقويمه، أو يشترط ضمانهما فيضمنهما معاً ـ ولا ريب في اتّباع مقتضى شرطه في هذه الثلاثة كما في «المسالك[1]» وكذا «الكفاية[2]» وعليه نبّه في «المبسوط[3]» ـ أو يطلق اشتراط الضمان، وهو المفروض في كلامهم والكتاب. وقد اختير في «المبسوط[4] والشرائع[5] والتحرير[6] والتذكرة[7] والمختلف[8] والحواشي[9]» أنّه يضمن قيمتها يوم التلف، لأنّ النقص حصل بفعلٍ مأذون فيه فلا يكون مضموناً، ولأنّها لو لم تتلف وردّها على تلك الحال لم يجب عليه شيء، فإذا تلفت وجب مساويها في تلك الحال، فيضمن قيمتها آخر حالات التقويم.

وهذا منهم بناءً على أنّ الإطلاق منزّل على ضمان العين خاصّة، وهو المتبادر من إطلاق النصّ والفتوى وعرف المعير والمستعير، ولا يخطر ضمان الأجزاء بالبال، لأنّه قد لا تكاد تنفكّ عارية غالباً عن نقصها بالاستعمال ولو يسيراً إلّا ما قلّ كما نبّه عليه في «المبسوط[10]». ولا نسلّم أنّ تضمين العين يقتضيه، فيكون مأذوناً فيه بالإذن بالاستعمال، فتأمّل.

والمصنّف استشكل من استناد النقص إلى فعلٍ مأذون فيه فلا يكون مضموناً، ومن أنّها عين مضمونة بالاشتراط ونحوه ما في «الكفاية[11]».

---

(١) مسالك الأفهام: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٦٢.

(٢ و ١١) كفاية الأحكام: في العارية ج ١ ص ٧١٠.

(٣ و ٤ و ١٠) المبسوط: في العارية ج ٣ ص ٥٠.

(٥) شرائع الإسلام: في أحكام العارية ج ٢ ص ١٧٤.

(٦) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢١٧ ـ ٢١٨.

(٧) تذكرة الفقهاء: في ضمان العارية ج ٢ ص ٢١٥ س ١٧ ـ ١٨.

(٨) مختلف الشيعة: في العارية ج ٦ ص ٧٤.

(٩) لم نعثر عليه.

وفي «جامع المقاصد» أنّهُ قد تعارض فيه تضمين الأجزاء الّذي هو مقتضى تضمين العين والإذن في الاستعمال الّذي هو مقتضٍ لكون أنواع الاستعمال المأذون فيها لا يتعلّق بها ضمان، وهو محلّ التردّد. ثمّ قال: ولا أستبعد ضمانها ـ أي الأجزاء ـ لأنّه ليس من لوازم أصل الاستعمال النقص. ولا منافاة بين كون الاستعمال مأذوناً فيه والنقص مضموناً، قال: وهو قويّ جدّاً[١]. وهذا يقضي بضمان النقص وإن ردّها إلى المالك وأنّ ذلك من محلّ الإشكال وموضع النزاع، وإليه مال في «المسالك[٢]» وهو الّذي صحّحه في «الإيضاح[٣]» بلفظ الأصحّ، وحكاه هو[٤] وأبوه[٥] عن أبي عليّ وأبي الصلاح. وبه جزم المصنّف فيما يأتي قريباً. وفي خبر وهب عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أن عليّاً عليه السلام كان يقول: من استعار عبداً مملوكاً لقومٍ فعيب فهو ضامن، ومَن استعار حرّاً صغيراً فهو ضامن[٦]. وقد حمله في «الاستبصار[٧]» على ما إذا استعار من غير مالكه تارةً، وعلى ما إذا فرّط في حفظه أو تعدّى تارةً، وعلى ما إذا اشترط الضمان عليه أُخرى. وهذا قد يوافق ما في «الإيضاح[٨] وجامع المقاصد[٩]» لكنّ الظاهر أنّهم يفرّقون بين تلف الأجزاء الموجب للنقص بالاستعمال وغيره فيضمن على الثاني دون الأوّل. نعم كلام التقيّ وأبي عليّ قاضٍ بإطلاقه بعدم الفرق.

وعلى القول بالضمان فإنّه يضمن أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف لمكان ذهاب الأجزاء على التدريج كالثوب يلبس وينسحق على التدريج،

(١ و ٩) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٨٣.
(٢) مسالك الأفهام: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٦٢ ـ ١٦٣.
(٣ و ٤ و ٨) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٣١.
(٥) حكاه عنهما العلّامة في المختلف: في العارية ج ٦ ص ٧٦ ـ ٧٧.
(٦) وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب العارية ح ١١ ج ١٣ ص ٢٣٨.
(٧) الاستبصار: في أنّ العارية غير مضمونة ج ٣ ص ١٢٥ ح ٥.

أو استعملها ثمّ فرّط، فإنّه يضمن القيمة يوم التلف، لأنّ النقص غير مضمون على إشكال.

ولايضمن الأعلىٰ لو كان اختلاف القيم بحسب اختلاف القيمة السوقية، لأنّ ذلك ليس من مدلول ضمان العين، على أنّا لم نوجبه على الغاصب.

ويبقى الكلام في الجمع بين كلامي المصنّف لعدم تقادم العهد.

وليعلم أنّ الصفات تجري مجرى الأجزاء، وأنّه قد ينساق من العبارة بملاحظة السوق وجه آخر، ولا ريب أنّه غير مراد.

قوله: **﴿أو استعملها ثمّ فرّط، فإنّه يضمن القيمة يوم التلف، لأنّ النقص غير مضمون على إشكال﴾** عدم ضمان النقص الّذي حصل بالانتفاع الّذي جوّزه له قد حكي في «الإيضاح[١]» وكذا «المختلف[٢]» عن المبسوط. ولعلّ فيما عندنا منه سقطاً، أو استنبطاه من تعليله في المسألة المتقدّمة بأنّه مأذون في إذهابها. وهو خيرة «التحرير[٣] والإرشاد[٤] وجامع المقاصد[٥] والمسالك[٦] ومجمع البرهان[٧]» بل إنّما يضمن العين الناقصة سواء تلفت بذلك التفريط أم لا، لأنّ ضمان هذه الأجزاء مع القول بأنّ النقص بالاستعمال غير مضمون إذا ردّ العين لا وجه له كما نبّه عليه في «جامع المقاصد[٨]».

---

(١) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٣١.
(٢) مختلف الشيعة: في العارية ج ٦ ص ٧٧.
(٣) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢١٧.
(٤) إرشاد الأذهان: في العارية ج ١ ص ٤٣٩.
(٥ و٨) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٨٣.
(٦) مسالك الأفهام: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٦٣
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٧١.

وللمستعير الانتفاع بما جرت العادة، فلو نقص من العين شيءٌ أو تلفت بالاستعمال فلا ضمان، إلّا أن يشترط ذلك في العارية.

والمراد بالنقص في العبارة ونحوها كما يرشد إليه السوق والمقام مع ظهور الحال نقص الأجزاء المتقدّمة على التفريط كما نبّهنا عليه[١] لا المتأخّرة عنه، لأنّ هذه مضمونة بلا خلاف ولا إشكال على الظاهر، لأنّ العين بعد التفريط قد خرجت عن الأمانة وصارت مغصوبة مضمونة وعليه أُجرتها بعد التفريط، فما اعترض به في «المسالك[٢]» على الكتاب من عدم فرقه بين الأجزاء الذاهبة المتقدّمة على التفريط والمتأخّرة غير وارد، بل احتمل في «مجمع البرهان[٣]» أنّها غير مضمونة، لأنّه لم يعلم حينئذٍ عدم جواز الاستعمال الّذي كان جوّزه، أقصاه أنّه لمّا فرّط دخل في ضمانه، وهو كما ترى.

والقول بالضمان ـ أي ضمان نقص الأجزاء المتقدّمة على التفريط ـ خيرة «الإيضاح[٤]» بلفظ «الأصحّ» وحكاه كوالده عن التقيّ وأبي عليّ، والمستند خبر وهب، وقد ضعّفه في «الإيضاح» واستدلّ بأنّ مقتضى الضمان مع عدم ردّ العين بأجزائها وصفاتها أن يضمن مافات، وهو كما ترى.

[فيما لو خرج انتفاع المستعير عن العادة]

قوله: ﴿وللمستعير الانتفاع بما جرت العادة، فلو نقص من العين شيءٌ أو تلفت بالاستعمال فلا ضمان، إلّا أن يشترط ذلك في

---

(١) تقدّم في ص ٤٤٥.

(٢) مسالك الأفهام: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٦٣.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٧١.

(٤) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٣١.

العارية﴾ هذا هو ما أشرنا إليه آنفاً[1] من أنّه يخالف ما سبق باعتبار المستثنى منه والمستثنى، قال في «جامع المقاصد»: لا يخفى أنّ هذا منافٍ لما سبق في كلامه من الإشكال في كلّ من المسألتين. ولو حملت العبارة السابقة على استعمال غير مأذون فيه وهذه على مأذون فيه لم يتّجه الإشكال، بل يتعيّن الضمان قطعاً، ولو حملت هذه العبارة على أنّ الباء الّتي في قوله «بالاستعمال» بمعنى مع ليكون التلف لا بسبب الاستعمال لاندفع التنافي، إلّا أنّه بعيد عن الظاهر جدّاً[2] انتهى.

وقد يقال: إنّ العبارة الأُولى من متعلّقات قوله: ويجب ردّ العين مع الطلب والمكنة، فإن أهمل معهما ضمن، ولو تلفت بالاستعمال ... إلى آخره، بمعنى أنّه لو أهمل ولم يردّها وتلفت بالاستعمال لا بغيره ففيه إشكال، لأنّ الاستعمال حينئذٍ لم يعلم نهيه عنه، بل يبقى على الإذن عملاً بالاستصحاب، وأقصى ما هناك أنّه فعل حراماً في عدم الردّ ودخلت في ضمانه ولم يعلم عدم جواز الاستعمال كما قدّمنا مثله آنفاً عن المقدّس الأردبيلي[3]. ويأتي مثله فيما لو أعاره الدابّة إلى مكان معيّن فتجاوزه، فإنّه يأثم ويضمن ويغرم الأُجرة، لكنّ له ركوبه إلى بلد المعير كما يأتي[4] بيانه. وليس هو أوّل وجهي جامع المقاصد.

وكيف كان، فالظاهر أنّه لا خلاف في عدم الضمان إذا نقص من العين شيء وردّها إلى مالكها حيث لم ينقل في «المبسوط[5]» ولا غيره[6] فيه خلاف ولا إشكال

(١) تقدّم في ص ٤٤٣ ـ ٤٤٤.

(٢) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٨٣.

(٣) تقدّم في الصفحة السابقة.

(٤) سيأتي في ص ٤٥٧ ـ ٤٥٨.

(٥) المبسوط: في العارية ج ٣ ص ٥٠.

(٦) كالعلّامة في المختلف: في العارية ج ٦ ص ٧٧.

والمستعير من المستأجر والموصى له بـالمنفعة كـالمستعير من المالك.

إلّا ما مرّ[١] ممّا احتمله المحقّق الثاني والشهيد الثاني من أنّه ليس من لوازم أصل الاستعمال النقص ... إلى آخره.

[حكم المستعير من المستأجر أو الموصى له]

قوله: ﴿والمستعير من المستأجر والموصى له بالمنفعة كالمستعير من المالك﴾ لأنّ كلّ واحدٍ منهما مالك للمنفعة فله نقلها إلى غيره، قال في «جامع المقاصد»: هذا إذا لم يشترط عليه استيفاؤها بنفسه. والظاهر أنّه لا يجوز له تسليم العين إلّا بإذن المالك كما يأتي بيانه في الإجارة[٢]، انتهى.

وقد يقال[٣]: حيث تجوز الإعارة يجوز تسليمها من غير ضمان، لأنّ القبض من ضروريّات الإعارة للعين، وقد حكم بجوازها، والإذن في الشيء إذن في لوازمه. وتشهد له صحيحة عليّ بن جعفر عن أخيه عليه‌السلام في رجل استأجر دابّة فأعطاها غيره فنفقت ما عليه فقال: إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن، وإن لم يسمّ فليس عليه شيء[٤]. وغيرها ـ أي الدابّة ـ أولى. وقد حملها في إجارة «جامع المقاصد» على ما إذا كان هناك إذن، أو على ما إذا لم تخرج من يده كما إذا أركبه إيّاها وهي في يده تمسّكاً بعموم تحريم مال المسلم إلّا عن طيب نفس إلّا أن يوجد المخصّص[٥].

---

(١) تقدّم في ص ٤٤٥.

(٢) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٨٤.

(٣) كما في الروضة البهية: في الإجارة ج ٤ ص ٣٤٠.

(٤) وسائل الشيعة: ب ١٦ من أبواب الإجارة ح ١ ج ١٣ ص ٢٥٥.

(٥) جامع المقاصد: في الإجارة ج ٧ ص ١٢٥.

ولو استعار من الغاصب عالماً بالغصب فللمالك الرجوع على من شاء بالأُجرة وأرش النقص والقيمة لو تلفت، ويستقرّ الضمان على المستعير،

[حكم المستعير من الغاصب]

قوله: ﴿ولو استعار من الغاصب عالماً بالغصب فللمالك الرجوع على مَن شاءَ بالأُجرة وأرش النقص والقيمة لو تلفت، ويستقرّ الضمان على المستعير﴾ ونحو ذلك ما في «الشرائع[1] والتحرير[2] والإرشاد[3] والمسالك[4] والكفاية[5]» وغيرها[6]. والحاصل: كأنّهم متّفقون على أنّ المستعير من الغاصب إذا كان عالماً بالغصب فهو بمنزلة الغاصب في جميع الأحكام، ومن حكم ترتّب أيدي الغاصب العالم على المال أنّ المالك يتخيّر في الرجوع على أيّهما شاء، ويستقرّ الضمان على مَن تلفت العين في يده.

وقد وصفت هذه القاعدة في «مجمع البرهان[7]» تارةً بأنها مشهورة، وأُخرى بأنّها مجمع عليها، وظاهره أيضاً الإجماع على أنّ المستعير العالم غاصب، ولاريب أنّه لو اختصّ الغاصب بزيادة فيها ثمّ ذهبت قبل قبض المستعير اختصّ بضمان الزائد لاختصاصه بقبضه، واحتمل في «مجمع البرهان[8]» لولا الإجماع أنّه

(١) شرائع الإسلام: في العارية ج ٢ ص ١٧٢.
(٢) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢٢٠.
(٣) إرشاد الأذهان: في العارية ج ١ ص ٤٣٩.
(٤) مسالك الأفهام: في شرائط المستعير ج ٥ ص ١٤٢.
(٥) كفاية الأحكام: في العارية ج ١ ص ٧٠٥.
(٦) كجامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٨٤.
(٧ و٨) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٨٠ ـ ٣٨١.

ومع الجهل يضمن الغاصب الجميع، إلّا أن يكون ذهباً أو فضّةً فإنّ الأقرب الضمان على المستعير خاصّة.

لو رجع على المعير الغاصب لا يرجع على المستعير الّذي تلفت في يده، للأصل، ولأنّه هو الّذي غصب وتصرّف وصرف غيره، نعم إن تلفت في يد المستعير بتقصير اتّجه رجوعه عليه.

وفي «الحواشي[1]» ربّما توهّم بأنّ الضمان على المستعير خاصّة يريد اختصاصه بالمطالبة والأخذ منه، قال: لأنّ الغاصب سلّمها إلى عالم بالغصب، وقد استقرّ التلف في يده، فسقط عنه الضمان، وردّه بأنّه لا يزيد على الغاصب من الغاصب، مع أن المالك يتخيّر في الرجوع قطعاً.

قوله: ﴿ومع الجهل يضمن الغاصب الجميع، إلّا أن يكون ذهباً أو فضّةً فإنّ الأقرب الضمان على المستعير خاصّة﴾ ظاهر العبارة أنّ الضمان يختصّ بالغاصب في غير الذهب والفضّة، وفيهما يختصّ بالمستعير. ومعنى ذلك أنّه لا يجوز له ـ أي المالك ـ أن يطالب غير الغاصب في الأُولى وغير المستعير في الثانية. وهو الّذي استوجهه في «الشرائع» في الأُولى قال: والوجه تعلّق الضمان بالغاصب حسب[2]. فمعنى الضمان جواز المطالبة والأخذ منه. ووجهه أنّ المستعير مغرور فضعفت مباشرته، فكان السبب الغار أقوى، وهو الّذي اختاره في «مجمع البرهان» قال: الأخذ منه ظلم ظاهر، لأنّه ما قصر أصلاً ولمّا علم بادر بالإعلام إلّا أن يكون نصّ أو إجماع، والظاهر عدمهما[3].

---

(١) الحاشية النجّارية: في العارية ص٨٣ س١٢ (مخطوط في مكتبة مركز الدراسات والأبحاث الإسلامية).

(٢) شرائع الإسلام: في العارية ج ٢ ص ١٧٢.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٨٠.

والمشهور أنّه ـ أي المالك ـ يتخيّر في الرجوع على كلٍّ منهما كما في «المسالك[١]» وهو خيرته وخيرة «التحرير[٢] والإرشاد[٣] والتذكرة[٤] والإيضاح[٥] وجامع المقاصد» وقد حمل في الأخير عبارة الكتاب على ذلك، وقال: معنى قوله: «يضمن الغاصب الجميع» أنّه يستقرّ الضمان عليه وتوهّم ما يقتضيه ظاهرها فاسد[٦]. قلت: لمكان القاعدة المقرّرة عندهم أي المشهور، وبها صرّح في «الإيضاح[٧]» وغيره[٨] من أنّ كلّ يد ترتّبت على يد الغاصب من غير إذن المالك يد ضمان، سواء كان عالماً بالغصب أم جاهلاً، وهي في العالم كما علمت آنفاً[٩] محلّ إجماع، فعلى ما في «الشرائع» من أنّه لا رجوع له على المستعير الأمر واضح، وعلى المشهور إذا رجع عليه رجع على الغاصب إن لم تكن العارية مضمونة، ومن المعلوم أنّ الكلام في عارية غير مضمونة كما هو الغالب المتبادر، فلا يعجبني الاعتراض على الشرائع والإرشاد والتحرير بترك استثنائها، كما أنّ من المعلوم أنّه إنّما يرجع على الغاصب إذا لم يفرّط فيها ولم يقصّر في إعلامه بها ولم يشترط عليه ضمان العارية.

وحيث يرجع عليه يرجع بجميع ما أخذه منه من أُجرة وأرش نقص وقيمة، بل يرجع بما حصل له في مقابله نفع مثل عوض اللبن الّذي شربه، وأُجرة الركوب، لأنّه غرّه، ولولا العارية لم يقدم على الشرب والركوب، ولكن يردّ

(١) مسالك الأفهام: في شرائط المستعير ج ٥ ص ١٤١.
(٢) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢٢٠.
(٣) إرشاد الأذهان: في العارية ج ١ ص ٤٣٩.
(٤) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١٥ س ٤٠.
(٥) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٣٢ ـ ١٣٣.
(٦) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٨٤ ـ ٨٥.
(٧) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٣٣.
(٨) كما في كفاية الأحكام: في العارية ج ١ ص ٧٠٤.
(٩) تقدّم في ص ٤٥٠.

ما بقي من عين اللبن والصوف مثلاً.

ويبقى الكلام فيما إذا لم يغرّه وإنّما توهّم أنّه ماله فأعاره وقصد صلته وبرّه، فإنّ الضمان يستقرّ على المستعير لمكان التلف في يده، وتعارض القاعدتين غير جارٍ في المقام، لأنّها ليست بعارية حقيقة حتّى لا يضمن بفاسدها، فتعمل قاعدة ضمان مال الغير إذا كان الاستيلاء بغير إذن عملها، وعلى تقدير تسليم التعارض فالثانية أقوى. ثمّ إنّه يتعارض أصل البراءة والأصل في الجناية على مال الغير أن يكون مضموناً إذا كان بغير إذن. وهذا أقوى لأنّه معنى القاعدة.

هذا وفي «التذكرة» في تذنيب ذكره أنّه لو استعار من غير المالك عالماً كان أو جاهلاً ضمن واستقرّ الضمان عليه، لأنّ التلف حصل في يده ولا يرجع على المعير، ولو رجع المالك على المعير كان للمعير الرجوع على المستعير[1]، انتهى. وهو يخالف كلام جميع مَن تعرّض لهذا الفرع، وهو أحد القولين في مثل المسألة. وقد تقدّم بيان ذلك في مكاسب التجارة تارة[2] وفي فروع شروط البيع أُخرى[3]، وهو ما إذا تلفت العين المغصوبة في يد المشتري الجاهل فأخذ المالك منه قيمتها، فقد ذهب جماعة إلى أنّه لا يرجع بها على الغاصب منهم الشيخ في «المبسوط[4]» في موضع منه والمحقّق في غصب «الشرائع[5]» والمصنّف في مواضع من كتبه[6] والمحقّق الثاني في مواضع من كتابه[7]، لأنّ التلف صار في يده واليد عادية، فيجب ردّ كلّ ملك إلى مالكه. فإذا حصل تلف أو نقص وجب البدل أو الأرش كائناً ما كان.

---

(١) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١٥ س ١١.

(٢) تقدّم في ج ١٢ ص ٢٨٧ ـ ٢٩٠.

(٣) تقدّم في ج ١٤ ص ٧٨٥.

(٤) المبسوط: في الغصب ج ٣ ص ٧١.

(٥) شرائع الإسلام: في الغصب ج ٣ ص ٢٤٥.

(٦) منها تذكرة الفقهاء: في تلف المغصوب عند المشتري ج ٢ ص ٣٩٨ س ٨، ونهاية الأحكام: في المعقود عليه ج ٢ ص ٤٧٨، وتحرير الأحكام: في الغصب ج ٤ ص ٥٤٠.

(٧) جامع المقاصد: في أقسام المتاجر ج ٤ ص ٣٤.

قولك: إنّه قدم على ضمان العين بالثمن خاصّة فكيف يضمن القيمة؟ قلنا: الوجه الّذي قدم عليه تبيّن بطلانه، واليد عادية. وقد عرفت أنّهم هنا مطبقون على أنّه يرجع عليه إلّا المصنّف في «التذكرة». وقد ذهب الشيخ في «النهاية[١]» والمصنّف في مكاسب «التذكرة[٢] والتحرير[٣] ونهاية الأحكام[٤]» إلى أنّ المشتري من السارق يرجع. وفي هبة «التذكرة[٥]» أنّ المتّهب لا يستقرّ عليه الضمان، ونحوه ما في غصبها[٦] وغصب «الكتاب[٧]» ورهنه. وكذلك المحقّق الثاني[٨] قال بالرجوع في الغصب والمضاربة والوكالة والرهن ومرادهم الرجوع بالقيمة بمعنى ما زاد منها عن (على ـ خ ل) الثمن، وأمّا الثمن فإنّه يرجع به قولاً واحداً.

وقضيّة إطلاقهم أنّه لا فرق بين أن يكون البائع أو غيره عالماً وقد غرّه أو جاهلاً قد قصد برّه.

وهذه نبذة ممّا ذكرناه في مكاسب التجارة، فإنّا أسبغنا الكلام في ذلك المقام واستوفيناه في النقض والإبرام وفي ثمرة الخلاف وكلماتهم الّتي تشتبه على بعض الأجلّاء.

والغرض الآن أنّهم لم يفرّقوا على اختلافهم بين يد الأمانة كما في الوديعة والعارية وبين غيرها كما في البيع والهبة والصلح ونحو ذلك، لكنّ بعضهم كالمصنّف في

---

(١) النهاية: في بيع الغرر والمجازفة ... ص ٤٠١.
(٢) تذكرة الفقهاء: في أنواع المكاسب ج ١٢ ص ١٤٧.
(٣) تحرير الأحكام: فيما يحرم التكسّب به ج ٢ ص ٢٦٢.
(٤) نهاية الإحكام: في المكاسب المحرّمة ج ٢ ص ٤٧٣.
(٥) تذكرة الفقهاء: في الهبة ج ٢ ص ٤١٦ س ١٣.
(٦) تذكرة الفقهاء: في الغصب ج ٢ ص ٣٧٧ س ٣٨.
(٧) قواعد الأحكام: في الغصب ج ٢ ص ٢٢٥، وفي الرهن ص ١٢٥.
(٨) جامع المقاصد: في الغصب ج ٦ ص ٣٣١، وفي القراض ج ٨ ص ٩١ ـ ٩٢، وفي الوكالة ج ٨ ص ٢٧١ ـ ٢٧٢، وفي الرهن ج ٥ ص ٧٠ ـ ٧١.

باب الغصب[١] فرّق بين ذلك وبين ما كانت يده يد ضمان كالمقبوض بالسوم والمقبوض بالبيع الفاسد دون المقبوض بالصحيح لولا الغصب فحكم بعدم الرجوع في هذين، لأنّه مضمون عليه، فكان كالعارية إذا كانت ذهباً أو فضّة، فقد قرّب المصنّف فيها هنا أنّ قرار الضمان على المستعير خاصّة. وقد صرّح بذلك ولده[٢] والمحقّق الثاني[٣] والشهيد الثاني[٤] والمقدّس الأردبيلي[٥] وكذا صاحب «الكفاية[٦]» وبه جزم المصنّف في باب الغصب[٧]. وهو قضيّة كلام الباقين لكونها عارية مضمونة وقد أقدم على ذلك، فإذا تبيّن فسادها لحق حكم الفاسد بالصحيح للقاعدة المقرّرة. وبذلك يضعف احتمال رجوعه استناداً إلى أنّ استحقاق العين استوجب فساد العارية فلا تكون مضمونة، وهو مغرور مع الغصب، فيرجع على من غرّه، لأنّك قد عرفت[٨] أنّهم لم يضمّنوه من جهة الغصب بل من جهة فساد العارية، كذا قالوه، وهو كما ترى، ويعلم وجهه ممّا تقدّم، فالأولى أن يقال: إنّه ما غرّه، لأنّ الذهب والفضّة مضمونان على كلّ حال، إلّا أن يشترط عدم الضمان، فهو من أوّل الأمر قد أقدم عليه. هذا ما يتعلّق بالقيمة.

ويبقى الكلام في الأُجرة وأرش النقص، والضابط في الباب كما في «الإيضاح» أنّ كلّ ما ضمنت اليد على تقدير أنّ الغاصب مالك يستقرّ ضمانه عليها، وإلّا فعلى الغاصب[٩]. وهذا يقضي بعدم ضمان الأُجرة وأرش النقص بالاستعمال، وقد ذكر هنا كلاماً قال: إنّه أملاه عليه والده، قال: أمّا القيمة فلأنّه دخل على أن يضمنها، فإن

(١ و٧) قواعد الأحكام: في الغصب ج ٢ ص ٢٢٤.

(٢) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٣٢.

(٣) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٨٤.

(٤) مسالك الأفهام: في العارية ج ٥ ص ١٤١.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٧٥.

(٦) كفاية الأحكام: في العارية ج ١ ص ٧٠٥.

(٨) لم يصرّح الشارح ولا المصنّف ﷺ بما ذكره الشارح فيما قبل وإنّما هو شيء تيسّر من مجموع ما تقدّم من قوله «ولو استعار من الغاصب عالماً بالغصب ... الخ» إلى هنا، فراجع وتأمّل.

(٩) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٣٢.

ولو جحد العارية بطل استئمانه وضمن،

كانت لم تتغيّر بزيادةٍ ونقصان من حين الغصب إلى حين التلف فلا بحث، وإن كانت في يد الغاصب أزيد ثمّ من حين قبضها المستعير إلى حين التلف لم تزد ضمن الغاصب الزيادة لتلفها في يده مع كونها مضمونة عليه، وإنّما يزول ضمان زيادة السوقيّة بردّ العين ولم تردّ دون المستعير. وإن نقصت في يد المستعير للصفة فهل يستقرّ ضمانها على المستعير؟ فإن قلنا: يستقرّ ضمان الأجزاء ـ أي أجزاء الذهب والفضّة ـ عليه مع بقاء العين فهنا أولى، وإن لم نقل باستقرار ضمانها على المستعير، فمع التلف إن قلنا بضمانه أعلى القيم من المالك استقرّ عليه هنا جميع القيمة، وإلّا استقرّ عليه قيمته يوم التلف، وعلى الغاصب الفاضل، وإن زادت للسوق ابتنى على ضمانه من المالك أعلى القيم وعدمه. وأمّا الاُجرة فلأنّه ضمن ما أتلفه فلا يرجع به على غيره، ويحتمل عدمه لأنّه غرّه، لأنّه دخل في العارية على أن لا ضمان عليه في المنافع. وأمّا أرش النقص بالاستعمال المأذون فيه فإن قلنا بضمانه من المالك ضمن واستقرّ عليه قطعاً لأنّه أولى، وإن قلنا بعدمه أو كان بغير الاستعمال جاء احتمالا الاُجرة والتقرير كما مرّ، قال: فهذا فرض المسألة أملاه عليّ المصنّف دام ظلّه [١]. انتهى. وفي أوّله تأمّل، والفائدة في الترجيح لا الترديد. وفي جريان اشتراط الضمان مجرى العارية المضمونة بالذات كالذهب والفضّة فيما نحن فيه تأمّل وإشكال.

[في ما لو جحد المستعير العارية]

قوله: ﴿ولو جحد العارية بطل استئمانه وضمن﴾ كما في

---

(١) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٣٢.

ولو تجاوز المأذون ضمن.

«المبسوط*[1] والشرائع[2] والتحرير[3] والإرشاد[4]» وغيرها[5]. وفي «المبسوط» نفي عنه الخلاف.

قلت: الحال في جحود العارية كالحال في جحود الوديعة كما نبّهنا عليه هناك[6]، ويشترط في تحقّق ضمانه ما اشترط هناك من عدم العذر وعدم المصلحة، وأن يكون بعد سؤال المالك ومطالبته، إلى غير ذلك من بقيّة الفروع الّتي يمكن إجراؤها هنا.

[في تجاوز المستعير عمّا هو المأذون]

قوله: ﴿ولو تجاوز المأذون ضمن﴾ هذا يشمل ما إذا استعار دابّة ليركبها إلى موضع معيّن فتجاوزه وما إذا حملها أكثر من المقدار المأذون فيه، أو سيّرها أكثر من المعتاد أو أشدّ ونحو ذلك.

وكيف كان، ففي «الغنية[7] والسرائر[8]» وكذا «المبسوط[9]» أنّه إذا استعار من

---

* ـ لأنّه أثبت «الوديعة» مكان «العارية» والنسخة فيها غلط (منه).

(١ و ٩) المبسوط: في العاريه ج ٣ ص ٥٣.

(٢) شرائع الإسلام: في الأحكام المتعلّقة بالعارية ج ٢ ص ١٧٥.

(٣) تحرير الأحكام: في العارية ج ٣ ص ٢٢١.

(٤) إرشاد الأذهان: في العارية ج ١ ص ٤٣٩.

(٥) مسالك الأفهام: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٦٦ ـ ١٦٧.

(٦) تقدّم في ص ٣١١ ـ ٣١٣.

(٧) غنية النزوع: في العارية ص ٢٧٦.

(٨) السرائر: في العارية ج ٢ ص ٤٣٢.

ولو أمر رسوله بالاستعارة إلى قريةٍ فكذب الرسول وأخبر المعير بطلب المستعير إلى أُخرى فخرج بها المستعير إلى ما ذكره الرسول فتلفت لم يضمن، لأنّ صاحبها أعارها إليه. ولو خرج بها إلى ما قاله المستعير لرسوله فتلفت ضمن ولا شيء على الرسول.

غيره دابّة ليحمل عليها وزناً معيّناً فحمل أكثر، أو ليركبها إلى موضع معيّن فتعدّاه كان متعدّياً ولزمه الضمان ولو ردّها إلى المكان المعيّن بلا خلاف. وظاهرهما نفيه بين المسلمين. فإذا استعار من بغداد إلى الحلّة فتجاوزها إلى الكوفة، فعليه أُجرة ما بين الحلّة والكوفة ذهاباً وعوداً. وهل تلزمه الأُجرة من الحلّة إلى بغداد؟ في «التذكرة[1]» أنّ الأقرب العدم، لأنّه مأذون فيه من جهة المالك. وقد يقال[2]: إنّ هذا الإذن انقطع بالمجاوزة، فليس له الركوب من الحلّة إلى بغداد، بل يجب عليه دفعها إلى حاكم الحلّة.

[حكم ما لو خالف الرسول في الإعارة]

قوله: ﴿ولو أمر رسوله بالاستعارة إلى قريةٍ فكذب الرسول وأخبر المعير بطلب المستعير إلى أُخرى فخرج بها المستعير إلى ما ذكره الرسول فتلفت لم يضمن، لأنّ صاحبها أعارها إليه. ولو خرج بها إلى ما قاله المستعير لرسوله، فتلفت ضمن ولا شيء على الرسول﴾ كما ذكر ذلك كلّه في «التذكرة[3]» وقال: سواء عرف المستعير بالحال أو لا.

وأورد في «جامع المقاصد» على الحكم الأوّل: أنّ خروجه إلى القرية الأُخرى مع عدم علمه بإذن المعير إليها يكون تصرّفاً ممنوعاً منه شرعاً، فحقّه أن يضمن على مقتضى ما ذكروه في عارية الصيد للمحرم وثبوت الإثم عليه لإقدامه

(١ و٣) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١٦ و٢١٩ س ٢١ و١٣ فما بعد.

(٢) كما في مغني المحتاج: في العارية ج ٢ ص ٢٦٨.

وإنّما يبرأ الضامن إذا ردّها على المالك أو وكيله، لا إلى الحرز.

بزعمه على فعل المحرّم لاريب فيه[١].

قلت: قد تقدّم[٢] أنّه إذا استعار المحرم الصيد من المحلّ وأمسكه وتلف في يده ضمن قيمته له والجزاء لله سبحانه، وقضيّة القاعدة أن لا يضمن ما يتلف بالعارية الفاسدة، لكن لمّا كان أمر الصيد غليظاً وجب ضمانه للمالك تغليظاً، لا لأنّه أقدم على أمر ممنوع منه شرعاً مطلقاً، بل على أمرٍ عظيمٍ غليظ، على أنّ ما نحن فيه لامنع فيه واقعاً، فكان الفرق بينهما من وجهين، ونفي الريب عن ثبوت الإثم عليه محلّ ريب بلاريب، كما في كثير من نظائره، كما نبّه عليه الشهيد في «قواعده[٣]».

وقال في «جامع المقاصد»: وأمّا الحكم الثاني فإنّه يستقيم إذا أخبر الرسول المرسل بالحال أو سكت، أمّا إذا غرّه بالعارية إلى ما طلب المستعير فإنّ قرار الضمان على الرسول على أظهر الوجهين لكونه غارّاً، فإطلاق العبارة لا يخلو عن شيء[٤].

قلت: لا ريب أنّ المباشرة تضعف بالغرور، فإن كان ذلك منه كان قرار الضمان على الرسول.

[في ما يبرأ به المستعير من الضمان]

قوله: ﴿وإنّما يبرأ الضامن إذا ردّها على المالك أو وكيله، لا إلى الحرز﴾ الّذي أخذها منه ولا إلى غيره من ملك صاحبها. وبما في الكتاب صرّح

(١ و٤) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٨٥ ـ ٨٦.

(٢) تقدّم في ص ٣٨٢ ـ ٣٨٦.

(٣) القواعد والفوائد: ج ٢ ص ٢٧٢ قاعدة ٢٦٣.

ولو تجاوز المسافة المشترطة لم يبرأ بالردّ إليها.

في «المبسوط[١] والغنية[٢] والسرائر[٣] والشرائع[٤] والتذكرة[٥] والتحرير[٦]» وغيرها[٧] بل في «التذكرة» أنّه إذا ردّ الدابّة إلى إصطبل المالك وأرسلها فيه وردّ آلة الدار إليها لم يزل عنه الضمان، بل عندنا إن لم تكن العارية مضمونة فإنّها تصير بهذا الردّ مضمونة، لأنّه لم يدفعها إلى مالكها، بل فرّط في وضعها في موضع لم يأذن المالك بالردّ إليه[٨]. وظاهره الإجماع. وفي «المسالك» أنّ هذا لا خلاف فيه عندنا، وإنّما نبّه على خلاف أبي حنيفة حيث ذهب إلى أنّ ردّها إلى ملك المالك كردّها إليه، لأنّ ردّ العواري في العادة يكون إلى أملاك أصحابها، وفساده واضح، واطّراد العادة بذلك ممنوع[٩].

وقد تقدّم في باب الوديعة[١٠] ما يبرأ به المستودع من الضمان حيث يضمن من تجديد الاستئمان والإبراء من الضمان وغير ذلك، والكلّ جارٍ في العارية، وعلى الثاني نصّ في «المبسوط[١١]» في المقام.

قوله: ﴿ولو تجاوز المسافة المشترطة لم يبرأ بالردّ إليها﴾ قد تقدّم الكلام[١٢] في ذلك.

(١ و١١) المبسوط: في العارية ج ٣ ص ٥٣.
(٢) غنية النزوع: في العارية ص ٢٧٧.
(٣) السرائر: في العارية ج ٢ ص ٤٣٣.
(٤) شرائع الإسلام: في الأحكام المتعلّقة بالعارية ج ٢ ص ١٧٤.
(٥ و٨) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١٦ س ٣٣ و٣٤.
(٦) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢١٨.
(٧ و٩) مسالك الأفهام: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٥٨ و١٥٩.
(١٠) تقدّم في ص ٢١٧ ـ ٢٢١ وفي ص ٢٤٠ ـ ٢٦٥ وفي ٢٨٠ ـ ٣٠٥.
(١٢) تقدّم في ص ٤٥٢ ـ ٤٥٣.

(الثالث) التسلّط على الانتفاع:
ويتقدّر بقدر التسليط.

[في ما يستحقّ المستعير من الانتفاع]

قوله: ﴿الثالث: التسلّط على الانتفاع﴾ هذا هو الثالث من الأحكام.

قوله: ﴿ويتقدّر بقدر التسليط﴾ هذا معنى ما في «الشرائع[1]» وغيرها[2] من أنّه يقتصر على المأذون فيه. وهذا فيما إذا تعدّدت جهات الانتفاع كالأرض الّتي تصلح للزرع والغرس والبناء، والدابّة الّتي تصلح للحمل والركوب.

ووجهه ظاهر، إذ لا يجوز التصرّف في مال الغير إلّا بمقتضى الإذن، فإن عمّم له وجوه الانتفاع كان له الانتفاع بسائر وجوه النفع المباحة المعلّقة بتلك العين، وقد نفى عنه الخلاف في «التذكرة[3]» وفي «مجمع البرهان» كان له الانتفاع به أيّ انتفاع يجوز للمالك والانتفاع المتعارف المطلوب منه عرفاً وعادةً[4]، وفي «جامع المقاصد» كان له الانتفاع بسائر وجوه النفع المعدّة تلك العين لها[5] فالحظ الفرق، وإن خصّص لم يجز له التخطّي قطعاً كما في «جامع المقاصد[6]» وإن أطلق صحّ كما في «التحرير[7] والتذكرة[8] وجامع المقاصد[9] والمسالك[10] ومجمع البرهان[11] والكفاية[12]

---

(١) شرائع الإسلام: في الأحكام المتعلّقة بالعارية ج ٢ ص ١٧٥.
(٢) كمسالك الأفهام: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٦٦.
(٣) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١١ س ٣٧.
(٤ و١١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٦٥.
(٥ و ٦ و٩) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٨٦.
(٧) تحرير الأحكام: في العارية ج ٣ ص ٢١٢.
(٨) تذكرة الفقهاء: في أحكام العارية ج ٢ ص ٢١٢ س ٩.
(١٠) مسالك الأفهام: في العين المعارة ج ٥ ص ١٤٣ ـ ١٤٤.
(١٢) كفاية الأحكام: في العارية ج ١ ص ٧٠٤.

والمفاتيح [١]» وظاهر «التذكرة» الإجماع عليه حيث قال: إنّه يصحّ عندنا، وقد أجراه في «التذكرة» مجرى التعميم في أوّل كلامه وقال: إنّه الأقوى [٢]. وهو خيرة الكتب الأربعة المتأخّرة، لأنّ المتبادر منه العموم وأنّ عدم التعيين يعطي عدم الفرق بين وجوه الانتفاع، وإلّا لعيّنه، وأنّ تعيين أحدهما بعينه بحيث لا يجوز غيره ترجيح بلا مرجّح [٣].

قلت: الإطلاق ينصرف إلى الأفراد الغالبة المتبادرة، فهو عامّ فيها، ولا يتناول النادرة، فإن أرادوا بالعموم هذا فذاك، وهو قضيّة ما يأتي في كلام الكتاب [٤]، وهو المراد من قوله في «التحرير»: إذا أطلق له العارية فالأقرب الجواز وله الانتفاع بمجرى العادة، فلو استعار أرضاً من غير قيد جاز أن يبني ويغرس ويفعل كلّ ما هي معدّة له من الانتفاع. وهو الّذي مال إليه في «التذكرة» في آخر البحث، قال: وإذا أعاره أرضاً مطلقاً كان له أن ينتفع بها بسائر وجوه الانتفاعات وجميع ما العين معدّة له من الانتفاع مع بقاء العين كالزرع والغرس والبناء، ويفعل فيها كلّما هي مستعدّة له من الانتفاع ـ إلى أن قال ـ: والأقرب أنّ له أن يرهن مع التعميم دون الإطلاق [٥]. وقال أيضاً فيما إذا أطلق: كان له البناء والغرس والزرع دون الرهن

---

(١) مفاتيح الشرائع: في حكم الانتفاع بالعارية للمستعير ج ٣ ص ١٦٨.

(٢) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١١ س ٣٩.

(٣) الأولى بل مقتضى الاحتياط الاتكال على القرائن المحفوف به الكلام لفظيةً كانت القرائن أم حاليةً أم مقاميةً، أمّا اللفظية فسواء كانت متّصلة أم منفصلة فلا كلام في اتباعها، وأمّا الحالية أو المقامية فلأنّها قد تكون أقوى دلالة من اللفظية، فإن من يكون عالماً فقيهاً مقلّداً أعار أرضاً أو دكاناً إلى أحدٍ لا يرضى بجعلهما مشربة للخمر أو مجمعاً للقمار بأقسامه وكذا مَن كان له احتياج إلى الاستفادة من أرضه إمّا لنعمه أو لكسبه لا يرضى بجعل البناء عليها ونحوه ممّا يوجب تعيين كيفية الاستفادة وكذا كميّتها. والحاصل: القرينة قد يوجب سلب ظهور الكلام عمّا يكون ظاهراً فيما إذا لم يكن محفوفاً بها بل وقد توجب كون الكلام ظاهراً فيما تدلّ عليه القرينة، فتأمّل.

(٤) يأتي في ص ٤٦٥ ـ ٤٦٧.

(٥) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١١ السطر الأخير.

ويتنتفع بما جرت العادة به،

والوقف والإجارة والبيع[1]. ولا ترجيح في «جامع المقاصد[2]».

وحكي عن الشافعيّة[3] في أحد وجهيها البطلان مع الإطلاق، لأنّ الإعارة معونة شرعيّة جوّزت للحاجة فلتكن على حسب الحاجة، ولا حاجة إلى الإعارة المرسلة.

قوله: ﴿وينتفع بما جرت العادة به﴾ كما في «الشرائع[4] والتحرير[5] والإرشاد[6] والكفاية[7]» وغيرها[8]. والمرجع في العادة إلى نوع الانتفاع وقدره وصفته، فلو أعاره بساطاً اقتضى الإطلاق فرشه ونحوه من الوجوه المعتادة، أو لحافاً اقتضى جعله غطاءً، فلا يجوز فرشه لعدم جريان العادة بذلك، أو حيواناً للحمل اقتضى تحميله قدراً جرت العادة بكونه يحمله فلا تجوز الزيادة، أو فرساً من شأنها الركوب، فلا يجوز تحميلها ... وعلى هذا. وقال في «التذكرة»: إن لم تكن للعين إلّا منفعة واحدة كالدراهم للزينة فهو متعيّن، وإن تعدّدت فإن عيّن نوعاً تعيّن، وإن لم يعيّن فإن عمّم جاز الانتفاع بجميع الوجوه، وإن أطلق فالأقوى أنّه كذلك[9] كما مرّ تفصيله.

إذا تقرّر هذا فعد إلى عبارة الكتاب فنقول: يحتمل أن يكون المراد أنّه ينتفع بمجرى العادة حيث يعمّم فينتفع بسائر وجوه النفع المعدّة في العادة تلك العين لها من الكمّيّة والكيفيّة، فلا يتجاوز في الأفراد النادرة الّتي لم تجر العادة في العارية لها فيها، وينتفع حيث يخصّص بما تجري العادة في ركوب الدابّة مثلاً من السرعة

---

(١) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١٢ س ١٢ ـ ١٣.
(٢) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٨٦ ـ ٨٧.
(٣) حكاه عنه العلّامة في تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١١ س ٤٠ ـ ٤١.
(٤) شرائع الإسلام: في المستعير ج ٢ ص ١٧١.
(٥) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢١٢.
(٦) إرشاد الأذهان: في العارية ج ١ ص ٤٣٩. (٧) كفاية الأحكام: في العارية ج ١ ص ٧٠٤.
(٨) كمسالك الأفهام: في المستعير ج ٥ ص ١٣٨.
(٩) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١١ س ٣٣.

فلو أعاره الدابّة لحمل معيّن لم يجز له الزيادة، ويجوز النقصان،

والبطء في السير وكونه في الليل أو في النهار ونحو ذلك، وأمّا حيث يطلق فالأمر واضح، فيكون عمّم العادة بحيث تتناول وجوه الانتفاعات وكيفيّاتها. وبنحو ذلك فسّر المولى الأردبيلي [١] عبارة الإرشاد. ويحتمل أن يكون المراد أنّ ذلك حيث يطلق فقط، وأمّا حيث يعمّم أو يخصّص فيتقدّر بقدر التسليط، ولا يقتصر في الأوّل على ما جرت به العادة، ولا يتعدّى في الثاني إلى غير ما نصّ له عليه وإن جرت به العادة، وهو الّذي فهمه المحقّق الثاني وقال: إنّ العبارة لا تخلو عن مناقشة، فلو قال: وينتفع بما جرت به العادة لو أطلق لكان أولى [٢].

قلت: فيكون المصنّف ممّن لا يختار تنزيل الإطلاق على العموم، والسوق قد يعطي في عبارة الكتاب ما فهمه المقدّس الأردبيلي.

قوله: **﴿فلو أعاره دابّة لحمل معيّن لم يجز له الزيادة، ويجوز النقصان﴾** الحكم الأوّل ممّا لا خلاف فيه لأصالة عصمة مال الغير، وعدم جواز التصرّف به إلّا بما أذن فيه، وأمّا الثاني فللأولويّة العرفيّة كما بيّنّاه [٣] في الوديعة. ويأتي [٤] فيما إذا عيّن له جهة فتجاوزها إلى الأدون الإجماع على جوازه، وهو يدلّ على ما نحن فيه. وما في «المسالك [٥] والروضة [٦]» وكذا «جامع المقاصد [٧]» وغيرها [٨] من منع الأولويّة في مثله لاختلاف الأغراض في ذلك فقد تقدّم [٩] جوابه هنالك، وستسمعه قريباً.

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٧٠.

(٢ و٧) جامع المقاصد: في أحكام العارية ج ٦ ص ٨٧.

(٣) تقدّم في الوديعة ص ٢٨١ ـ ٢٨٥.

(٤) يأتي في الصفحة الآتية.

(٥) مسالك الأفهام: في العين المعارة ج ٥ ص ١٤٣.

(٦) الروضة البهية: في العارية ج ٤ ص ٢٦٠ ـ ٢٦١.

(٨) كمسالك الأفهام: في عقد الوديعة ج ٥ ص ٩١.

(٩) تقدّم في ص ٢٨٣.

ولو أطلق فله حمل المعتاد على مثلها.

ولو أذن في زرع الحنطة تخطّى إلى المساوي والأدون، لا الأضرّ،

قوله: ﴿ولو أطلق فله حمل المعتاد على مثلها﴾ هذا أيضاً ممّا لا خلاف فيه من القائلين بصحّة الإطلاق كما تقدّم[1] ويأتي[2].

قوله: ﴿ولو أذن في زرع الحنطة تخطّى إلى المساوي والأدون، لا الأضرّ﴾ أمّا عدم جواز التخطّي إلى الأضرّ فقد اتّفقت عليه الفتاوى من دون خلاف أصلاً، وأمّا جواز التخطّي إلى المساوي والأدون فهو صريح «التذكرة[3] والتحرير[4]» وإليه مال أو به قال المقدّس الأردبيلي[5]. وصريح «المبسوط[6] والغنية[7] والسرائر[8] والرياض[9]» في جواز التخطّي إلى الأدون. وهو قضيّة كلام «المبسوط» في المساوي. وفي «المبسوط[10]» أنّه لو أذن له في الغرس والبناء فزرع جاز ذلك له بلا خلاف وهو يقضي بنفيه هنا أيضاً.

وفي «جامع المقاصد» أنّ ظاهر كلامهم أنّ الحكم بجواز التخطّي إلى المساوي والأدون إجماعي، وإلّا فهو مشكل[11]. قلت: قد عرفت المصرّح بذلك، ولعلّه

---

(١) تقدّم في ص ٤٦١ ـ ٤٦٤.

(٢) سيأتي في ص ٤٦٧ ـ ٤٧٠.

(٣) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١٢ س ١٣.

(٤) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢١٢.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٦٤.

(٦ و ١٠) المبسوط: في إعارة الأرض للغرس ج ٣ ص ٥٣.

(٧) غنية النزوع: في العارية ص ٢٧٧.

(٨) السرائر: في العارية ج ٢ ص ٤٣٣.

(٩) رياض المسائل: في الاقتصار في الانتفاع بالعارية على المأذون ج ٩ ص ١٨٤ ـ ١٨٥.

(١١) جامع المقاصد: في أحكام العارية ج ٦ ص ٨٧.

استنبطه من عدم نقل الخلاف فيه في «المختلف والتذكرة[١] والإيضاح[٢]» وغيرها[٣] لكنّه كأنّه لم يلحظ «الشرائع» قال فيها: ويقتصر المستعير على القدر المأذون فيه، وقيل: يجوز أن يستبيح ما دونه في الضرر كأن يستعير أرضاً للغرس فيزرع، والأوّل أشبه[٤]. والمنع فيهما أيضاً ظاهر «الإرشاد[٥] واللمعة[٦]» وصريح «الروضة[٧] والمسالك[٨] والكفاية[٩]» وصاحب «الرياض[١٠]» منع في المساوي وأجاز في الأدون، ولا ترجيح في «المفاتيح[١١]».

قلت: ينبغي عدم التأمّل في جواز التخطّي إلى الأدون للأولويّة العرفيّة. ولا يقدح فيها اختلاف الأغراض مع الجهل بأنّ المقصود من التعيين هو الخصوصيّة، ومراعاة ذلك في عدم الأخذ بالأولويّة في المسألة يوجب انسداد باب إثبات الأحكام الشرعيّة بها ولم يقولوا به. نعم لو علم قصد الخصوصيّة بالنهي عنه كما يأتي اتّجه المنع. وأمّا في المساوي فلا يبعُد الجواز، لأنّ العرف يقضي بعدم التضييق في مثل ذلك، إذ الظاهر عدم تعلّق غرض للمعير بالمعيّن غالباً. ويشهد له قولهم[١٢] في الدابّة المستأجرة بجواز إركاب المساوي لها وإجارتها له. ولعلّه

---

(١) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١٢ س ١٤.

(٢) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٣٢.

(٣) كمجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٦٤.

(٤) شرائع الإسلام: في العين المعارة ج ٢ ص ١٧٢.

(٥) إرشاد الأذهان: في العارية ج ١ ص ٤٣٩.

(٦) اللمعة الدمشقية: في العارية ص ١٥٦.

(٧) الروضة البهيّة: في العارية ج ٤ ص ٢٦٠ ـ ٢٦١.

(٨) مسالك الأفهام: في العين المعارة ج ٥ ص ١٤٣.

(٩) كفاية الأحكام: في العين المعارة ج ١ ص ٧٠٥.

(١٠) رياض المسائل: في العارية ج ٩ ص ١٨٥.

(١١) مفاتيح الشرائع: في حكم الانتفاع بالعارية للمستعير ج ٣ ص ١٦٨.

(١٢) كما في المبسوط: في إجارة البهائم والحيوانات ج ٣ ص ٢٢٧، وتذكرة الفقهاء: في ما ←

ولو نهاه حرم التخطّي، وعليه الأُجرة لو فعله. والأقرب عدم إسقاط التفاوت مع النهي لا الإطلاق،

لا إشكال مع القرينة بأنّ المقصود غير متعلّق بالمعيّن، فليتأمّل والاحتياط لا يترك.

قوله: ﴿ولو نهاه حرم التخطّي﴾ أي التخطّي إلى الأدون والمساوي قطعاً كما في «المسالك[1] والكفاية[2]» وكذلك إذا دلّت القرائن على تعلّق الغرض بالمعيّن كما في «المسالك[3]» وكان له قلعه مجّاناً كما في «التذكرة[4]».

قوله: ﴿وعليه الأُجرة لو فعله﴾ كما هو واضح، وعليه نصّ في «جامع المقاصد[5] والمسالك[6] والروضة[7] والكفاية[8]».

قوله: ﴿والأقرب عدم إسقاط التفاوت مع النهي لا الإطلاق﴾ يريد أنّه إذا عدل إلى الأضرّ مع النهي فالأقرب عدم إسقاط أُجرة المأذون فيه وثبوت الزائد خاصّة، لأنّه تصرّف في ملك الغير بغير إذنه، وهو يستلزم ثبوت الأُجرة كملاً، والقدر المأذون فيه لم يفعله فلا معنى لإسقاط قدره فالمراد بالتفاوت هو مقدار أُجرة المأذون فيه. وهو خيرة «الإيضاح[9] والحواشي[10] وجامع المقاصد[11] والمسالك[12] والروضة[13] والكفاية[14] والرياض[15]» وكذلك تلزمه الأُجرة لو عدل

← يتعلّق بالدوابّ ج ٢ ص ٣١٥ س ٣٤، ومجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الإجارة ج ١٠ ص ٨٩.

(١ و٣ و٦ و١٢) مسالك الأفهام: في العين المعارة ج ٥ ص ١٤٤.

(٢ و٨ و١٤) كفاية الأحكام: في العين المعارة ج ١ ص ٧٠٥.

(٤) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١٢ س ١٥.

(٥ و١١) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٨٧ ـ ٨٨.

(٧ و١٣) الروضة البهية: في العارية ج ٤ ص ٢٦١.

(٩) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٣٣.

(١٠) الحاشية النجارية: في العارية ص ٨٤ س ٧ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(١٥) رياض المسائل: في الاقتصار في الانتفاع على المأذون ج ٩ ص ١٨٥.

إلى المساوي والأدون مع النهي، وأنّ الأقرب عنده إذا أتى بالأضرّ مع الإطلاق ـ أي عدم النهي عن الأضرّ ـ إسقاط أُجرة المأذون فيه، لأنّه لم يحصل ما ينافيه، فيكون مستثنى من المستوفى. وبعبارة أُخرى: أنّه قد أسقط عنه التلف الحاصل بزرع الحنطة بغير عوض، فالزائد هو المضمون خاصّة، لأنّه غير المأذون، وهذا لا يقضي بالإسقاط مع التصريح بالنهي. وبتقرير آخر أنّه مع عدم النهي عن التخطّي استفاد بالإذن في الزرع المخصوص استباحة المنفعة المخصوصة في ضمن أيّ فردٍ كان، فحيث تخطّى إلى الأضرّ كان مقدار منفعة المأذون مباحاً له خاصّة فيضمن الزائد فقط. وهو خيرة «الإيضاح[1]» وكذا «الحواشي[2]».

وذهب المحقّق الثاني[3] والشهيد الثاني[4] إلى عدم الفرق، لأنّ التخطّي في الحالين غير مأذون فيه أقصاه أنّه في إحداهما نصّ على المنع وفي الأُخرى جاء المنع من أصل الشرع، وذلك لا يوجب اختلاف المذكور ولم نجد فرقاً بين مَن منع من التصرّف في ملكه وبين مَن لم يمنع في وجوب الضمان على المتصرّف فيه. وهو خيرة «الكفاية[5]» على تأمّل له و«الرياض[6]» وظاهر «الروضة[7]».

ولا فرق بين التخطّي إلى الأضرّ وبين التخطّي إلى المساوي والأقلّ عند مَن منع من التخطّي إليهما، وعلى احتمال إسقاط أُجرة المأذون فيه في الأضرّ لا يحصل في المساوي والأقلّ ضرراً إلّا الإثم خاصّة.

---

(١) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٣٣.
(٢) الحاشية النجارية: في العارية ص ٨٤ س ٧ ـ ٨ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلاميّة).
(٣) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٨٨.
(٤) مسالك الأفهام: في العين المعارة ج ٥ ص ١٤٤.
(٥) كفاية الأحكام: في العين المعارة ج ١ ص ٧٠٥.
(٦) رياض المسائل: في الاقتصار في الانتفاع على المأذون ج ٩ ص ١٨٤ ـ ١٨٥.
(٧) الروضة البهية: في العارية ج ٤ ص ٢٦٠.

بخلاف حمل الأكثر. وليس للمستعير أن يعير، ولا أن يؤجر.

قوله: ﴿بخلاف حمل الأكثر﴾ أي إذا أذن له في تحميل الدابّة قدراً معيّناً فزاد عليه فإنّه يضمن أُجرة الزائد قولاً واحداً كما في «جامع المقاصد[1]» ويتحقّق إسقاط قدر المأذون فيه قطعاً كما في «الحواشي[2] والمسالك[3]» وعليه نصّ في «الروضة[4] والكفاية[5] والرياض[6]» لأنّ المأذون فيه بعض المنفعة الّتي استوفاها فلا أجر له، بخلاف النوع المخالف. ومثله ما لو زرع المأذون وغيره وما لو ركبها وأردف غيره.

قوله: ﴿وليس للمستعير أن يعير، ولا أن يؤجر﴾ كما صرّح به في «الشرائع[7] والتذكرة[8] والإرشاد[9] والمسالك[10] ومجمع البرهان[11] والكفاية[12]» وهو قضيّة كلام كثير منهم[13]، وبه صرّح في «اللمعة[14] والروضة[15]» في خصوص الإعارة، فالإجارة بالأولى، وذلك لأنّه لا يتناوله الإطلاق. وفي «المسالك[16]» أنّه محلّ وفاق. وخالف فيه بعض العامّة فجوّزه قياسا على إجارة

---

(١) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٨٩.

(٢) الحاشية النجّارية: في العارية ص ٨٤ س ٥ (مخطوط في مكتبة مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٣ و١٠ و١٦) مسالك الأفهام: في العين المعارة ج ٥ ص ١٤٤ و١٥٢.

(٤ و١٥) الروضة البهيّة: في العارية ج ٤ ص ٢٦١.

(٥ و١٢) كفاية الأحكام: في العين المعارة ج ١ ص ٧٠٥ و٧٠٨.

(٦) رياض المسائل: في الاقتصار في الانتفاع على المأذون ج ٩ ص ١٨٥.

(٧) شرائع الإسلام: في العين المعارة ج ٢ ص ١٧٣.

(٨) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢٠٩ س ٢٥ وص ٢١٢ س ١.

(٩) إرشاد الأذهان: في العارية ج ١ ص ٤٣٩.

(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٨٦.

(١٣) منهم المحقّق في المختصر النافع: في الوديعة والعارية ص ١٥١، وصاحب رياض المسائل: في العارية ج ٩ ص ١٨٤.

(١٤) اللمعة الدمشقية: في العارية ص ١٥٦.

ولو أعاره للغراس لم يكن له البناء وبالعكس، وله الزرع.

ولا يجب في العارية التعرّض لجهة الانتفاع وإن تعدّدت، فلو استعار الدابّة ركب أو حمل. ولو استعار أرضاً فله البناء أو الغرس أو الزرع. وكذا لو قال: انتفع كيف شئت. ولو استعار للزرع وأطلق زرع مهما شاء.

المستأجر، والفرق واضح. نعم يجوز للمستعير أن يستوفي المنفعة بنفسه ووكيله ولا يعدّ ذلك إعارة، لأنّ المنفعة عائدة إلى المستعير لا إلى الوكيل كما قاله بعض [١]. ولابدّ من تقييده بما إذا لم يشترط عليه الاستيفاء بنفسه، وأمّا الأهل والدوابّ والضيف فحكمه حكم نفسه إن كان المحلّ قابلاً، فالإعارة له إعارة لهم بمعنى جواز انتفاعهم بذلك، بل هو المنتفع أيضاً. والقيد المذكور معتبر هنا أيضاً. وفي «الشرائع [٢] والإرشاد [٣] واللمعة [٤]» أنّه لا يجوز له ذلك ـ أي الإعارة والإجارة ـ إلّا مع الإذن. قلت: لعلّه يكون حينئذٍ وكيلاً للمالك لا معيراً ولا مؤجراً عن نفسه.

قوله: ﴿ولو أعاره للغراس لم يكن له البناء وبالعكس وله الزرع﴾ كما قد تقدّم [٥] بيانه.

قوله: ﴿ولا يجب في العارية التعرّض لجهة الانتفاع وإن تعدّدت، فلو استعار الدابّة ركب أو حمل. ولو استعار أرضاً فله البناء أو الغرس أو الزرع، وكذا لو قال: انتفع كيف شئت. ولو استعار للزرع وأطلق زرع مهما شاء﴾ هذا تقدّم الكلام [٦] فيه كلّه في الثالث، والمخالف في الأوّل

---

(١) مسالك الأفهام: في العين المعارة ج ٥ ص ١٥٢.

(٢) شرائع الإسلام: في العين المعارة ج ٢ ص ١٧٣.

(٣) إرشاد الأذهان: في العارية ج ١ ص ٤٣٩.

(٤) اللمعة الدمشقية: في العارية ص ١٥٦.

(٥) تقدّم تفصيل الكلام في ص ٤٦١ ـ ٤٦٤.

(٦) تقدّم في ص ٤٦٢ وما بعدها.

(الرابع) التنازع:

فلو ادّعى العارية والمالك الإجارة في الابتداء صدّق المستعير.

بعض العامّة [1] فإنّهم حكموا بالبطلان في المتعدّد، وقد فرّقنا بين الإطلاق والتعميم، وإنّما يجوز أن يحمل على الدابّة المعدّة لذلك، وأمّا المعدّة للركوب فقط فلا.

[في دعوى المتصرّف العارية والمالك غيرها]

قوله: «الرابع: التنازع، فلو ادّعى العارية والمالك الإجارة في الابتداء صدّق المستعير» كما في «المبسوط [2] والشرائع [3] والتحرير [4] والتذكرة [5] والإرشاد [6] وجامع المقاصد [7] والمسالك [8] والروضة [9] ومجمع البرهان [10] والكفاية [11]» فإذا حلف على نفي الإجارة سقط عنه دعوى الأُجرة واستردّ المالك العين، لأنّ الراكب لا يدّعي لنفسه حقّاً ولا أتلف المنافع على المالك، ولا يدّعي خروجها عن ملكه حتّى يحكم الأصل الآتي، فالمدّعي في الحقيقة هو المالك، ولأنّه يدّعي ثبوت الإجارة ووجوب الأُجرة في ذمّته والآخر ينكرهما فيقدّم قوله للأصل.

---

(١) فتح العزيز: في العارية ج ١١ ص ٢٢٣ ـ ٢٢٤، ومغني المحتاج: في العارية ج ٢ ص ٢٦٩.
(٢) المبسوط: في عارية الدابّة ج ٣ ص ٥٠.
(٣) شرائع الإسلام: في الأحكام المتعلّقة بالعارية ج ٢ ص ١٧٤ ـ ١٧٥.
(٤) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢١٨ ـ ٢١٩.
(٥) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١٦ س ٣٨ فما بعد.
(٦) إرشاد الأذهان: في العارية ج ١ ص ٤٤٠.
(٧) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٩٠.
(٨) مسالك الأفهام: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٦٣.
(٩) الروضة البهية: في العارية ج ٤ ص ٢٦٩.
(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٨٨ ـ ٣٨٩.
(١١) كفاية الأحكام: في لواحق العارية ج ١ ص ٧١١ ـ ٧١٢.

ولو انتفع جميع المدّة أو بعضها احتمل تصديقه بيمينه، لاتّفاقهما على إباحة المنفعة، والأصل براءة الذمّة من الأُجرة، وتصديق المالك بيمينه، لأنّ الأصل مملوكٌ له فكذا المنفعة، فيحلف على نفي العارية ويثبت له الأقلّ من أُجرة المثل والمدّعى.

والمدّعي لا يدّعي عليه بشيء من عوض المنافع فلم يتعدّد قوله. وعلّل في «المبسوط[1] والشرائع[2]» بأنّ المالك يدّعي عقداً وهذا ينكره، وهو بإطلاقه جارٍ في المسألة الآتية فلابدّ ممّا ذكرناه من الضميمة. وممّا ذكر علم المراد من الابتداء في العبارة، وهو أنّ الاختلاف كان عقيب العقد من غير انتفاع ولا مضيّ مدّة لمثلها أُجرة.

قوله: ﴿ولو انتفع جميع المدّة أو بعضها احتمل تصديقه بيمينه، لاتّفاقهما على إباحة المنفعة، والأصل براءة الذمّة من الأُجرة، وتصديق المالك بيمينه، لأنّ الأصل مملوكٌ له فكذا المنفعة، فيحلف على نفي العارية ويثبت له الأقلّ من أُجرة المثل والمدّعى﴾ الأصحاب في المسألة على أقوال:

الأوّل: ما ذكره المصنّف أوّلاً من أنّ القول قول الراكب المستعير، وهو خيرة عارية «الخلاف[3] والمبسوط[4]» مع تقييد العارية فيه ـ أي المبسوط ـ بما إذا كانت مضمونة و«الغنية[5] واللمعة[6] ومجمع البرهان[7] والكفاية[8]» وبه قال أبو حنيفة[9].

(١ و ٤) المبسوط: في عارية الدابّة ج ٣ ص ٥١ و ٥٠.
(٢) شرائع الإسلام: في الأحكام المتعلّقة بالعارية ج ٢ ص ١٧٥.
(٣) الخلاف: في العارية ج ٣ ص ٣٨٨ مسألة ٣.
(٥) غنية النزوع: في العارية ص ٢٧٦.
(٦) اللمعة الدمشقية: في العارية ص ١٥٧.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٨٨ ـ ٣٩٠.
(٨) كفاية الأحكام: في لواحق العارية ج ١ ص ٧١١ ـ ٧١٢.
(٩) المغني لابن قدامة: في العارية ج ٥ ص ٣٧١، والمبسوط للسرخسي: في العارية ج ١١ ص ١٤٩، وفتح العزيز: في العارية ج ١١ ص ٢٣٣.

قالوا: لأنّهما اتّفقا على أنّ تلف المنافع كان على ملك المستعير، لأنّ المالك يزعم أنّه ملكها بالإجارة والمستعير يزعم أنّه ملكها بالاستعارة، وقد ادّعى عليه عوض ما تلف على ملكه، والأصل عدم وجوبه وبراءة ذمّته.

وفيه أوّلاً: أنّ المستعير لا يملك المنفعة وإنّما يجوز له التصرّف، فهي إباحة كما قالوه[1] في ثمرة التعريف، وأشار إليه المصنّف بقوله: على إباحة المنفعة. فتأمّل جيّداً. وثانياً: أنّ المنافع أموال كالأعيان، فهي في الأصل لمالك العين، فادّعاء الراكب ملكيّتها بغير عوض على خلاف الأصل، وأصالة براءة ذمّته إنّما تصحّ من خصوص ما ادّعاه المالك لا من مطلق الحقّ بعد العلم باستيفائه المنفعة الّتي هي من جملة أموال المالك، والأصل يقتضي عدم خروجها عن ملكه مجّاناً.

وفي «الكفاية[2]» أن لا حجّة على هذا الأصل عقلاً ولا نصّاً[3]. ونحوه ما في «مجمع البرهان[4]» مع أنّه في مزارعة «الكفاية[5]» قال في المزارعة بالتحالف فكان عاملاً بهذا الأصل مع (ثم ـ خ ل) أنّ هذا الأصل قد طفحت[6] به العبارات من

---

(١) منهم المحقّق في الشرائع: في العارية ج ٢ ص ١٧١، والشهيد الثاني في المسالك: في العارية ج ٥ ص ١٣١، والأردبيلي في المجمع: في العارية ج ١٠ ص ٣٩١.

(٢) كفاية الأحكام: في لواحق العارية ج ١ ص ٧١١ ـ ٧١٢.

(٣) أقول: جريان أصالة بقاء الملك ومنافعه على بقائهما في ملك صاحبهما مبنيّ على القول بجريان الاستصحاب في القسم الثاني من أقسام الاستصحاب ونحن لا نقول به كما قرّرناه في الأصول، فالحجّة على هذا الأصل هو الحجّة العقلية فإنّا لم نعرف الملكيّة إلّا في ضمن أحد العناوين المعروفة المتداولة بين الناس من الجائزة واللازمة وهما غير مسبوق بحالة متيقّنة والّذي هو مسبوق بهذه الحالة من أصل الملكية فهو لا قرار له ولا حقيقة له إلّا على نحو ثبوت الكلّي العقلي الّذي لا اعتبار بها في الأحكام الشرعية والعرفية أو على نحو الكلّي الطبيعي الّذي لا ثبات له إلّا في ضمن أصنافه وأفراده وهي غير مسبوقة، فلا وجود للركن الركين للاستصحاب وهو وجود الحالة السابقة حتّى يصحّ استصحابه، فتأمّل جيّداً والتفصيل موكول إلى محلّه.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٨٨ ـ ٣٩٠.

(٥) كفاية الأحكام: في المزارعة ج ١ ص ٦٣٨.

(٦) كما في مسالك الأفهام: في أحكام المزارعة ج ٥ ص ٣١، وفي العارية ص ١٦٤ ـ ١٦٥، ←

الخاصّة والعامّة في الباب وباب المزارعة وغيرهما من غير تأمّل ولا خلاف، فكأنّه مُجمع عليه، وهو معنى قولنا: الأصل قبول قوله فيه وعدم خروجه عنه إلّا بقوله، وقد دلّ عليه النصّ الصحيح والعقل. أمّا النصّ ففي صحيحة إسحاق بن عمّار قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: الّذي كانت عنده وديعة وقال الآخر: كانت عليك قرضاً؟ قال: المال لازم إلّا أن يقيم البيّنة أنّها كانت وديعة[1]. فتأمّل. وأمّا العقل فلأنّه معصوم عقلاً ونقلاً، ومعنى عصمته عدم خروجه عن ملكه بغير عوض وبدون قوله، ثمّ إنّه ليس بيعه وهبته وإعارته إلّا كطهارته ونجاسته وحلّيّته وحرمته وملكيّته وعدم ملكيّته، فكما يقبل قوله وإقراره في ذلك يقبل هنا، فليلحظ ذلك.

نعم يتمّ هذا القول فيما إذا قدّم الحاكم دعوى المالك بالقرعة أو بالسبق أو بجلوسه عن يمين صاحبه أو لأنّه إذا ترك ترك فكان مدّعياً محضاً بهذا المعنى، فإذا أحلفه المالك على نفي الإجارة فقد سقطت دعوى الإجارة ودعوى الأُجرة المعيّنة معاً، ولا معنى حينئذٍ لدعوى المستعير عليه الإعارة ولا لتحليفه وأخذ الأقلّ من المدّعي وأُجرة المثل خصوصاً إن ادّعى أنّ الأُجرة عين معيّنة. نعم إن ادّعى الراكب أنّ الإعارة مشروطة في عقدٍ لازم ولم ينقض أو أنّها من باب آخر فإنّ له تحليفه ويتّجه التحالف، وإلّا فلا. وإن قدّم الحاكم دعوى الراكب لأنّه مخالف للأصل بالمعنى المذكور مخالف للظاهر الغالب لا يتّجه هذا القول، فينبغي أن يكون المدار في الباب على بيان مَن يجب على الحاكم تقديم دعواه.

الثاني: إنّ القول قول المالك في عدم العارية، لموافقته الأصل والظاهر

← وجامع المقاصد: في الإجارة ج ٦ ص ٢٨٨ ـ ٢٩٠، وفي المزارعة ص ٣٤١ ـ ٣٤٢، وكفاية الأحكام: في المزارعة ج ١ ص ٦٣٨، وفتح العزيز: في العارية ج ١١ ص ٢٣٣، والشرح الكبير: في الإجارة ج ٦ ص ١٣٦.

(١) وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب العارية ح ١ ج ١٣ ص ٢٣٢.

الغالب، ولا يقبل قوله فيما يدّعيه من الإجارة، لأنّه مدّعٍ، فإذا حلف على نفي العارية لم تثبت الإجارة، ولكن يثبت كون الراكب تصرّف في ملكه بغير تبرّع منه، فيثبت عليه أُجرة المثل. وهو خيرة «الشرائع[١] والتحرير[٢]» في الباب وباب المزارعة وإجارة «المهذّب[٣]» ومزارعة «التذكرة[٤]» وهو محتمل من إجارة «المبسوط[٥] والشرائع[٦]» أو ظاهرهما.

ويشكل بما لو كان ما يدّعيه من الأُجرة أقلّ من أُجرة المثل لاعترافه بنفي الزائد، فينبغي أن يثبت له بيمينه أقلّ الأمرين ممّا يدّعيه وأُجرة المثل، لأنّ الأقلّ إن كان ما يدّعيه من الأُجرة فهو معترف بعدم استحقاقه سواه، وإن كان الأقلّ أُجرة المثل فلم يثبت بيمينه سواها، لأنّ الإجارة لم تثبت. وهذا هو الثالث من الأقوال. وهو خيرة «الكتاب والإرشاد[٧]» على الظاهر منهما.

ويشكل بأنّ المالك يدّعي الزائد من الأُجرة على تقدير زيادة ما يدّعيه عن أُجرة المثل والراكب ينفيه، فلابدّ من وجهٍ شرعي يقتضي نفيه، وحلفه على نفي الإعارة لم يدلّ على نفي الإجارة كما لا يدلّ على إثباتها، وإثبات أقلّ الأمرين باليمين مسلّم، لكن يبقى النزاع في الزائد على تقديره لا يندفع إلّا بحلف الراكب على نفي الإجارة أو نكوله، فيحلف المالك عليها ويأخذ الزيادة، ولهذا اختير في

---

(١) شرائع الإسلام: في الأحكام المتعلّقة بالعارية ج ٢ ص ١٧٥، وفي المزارعة ص ١٥٢ ـ ١٥٣.

(٢) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢١٨ ـ ٢١٩، وفي أحكام المزارعة ص ١٤٣.

(٣) المهذّب: في الإجارة ج ١ ص ٤٧٤.

(٤) تذكرة الفقهاء: في المزارعة ج ٢ ص ٣٤٠ س ٣٨.

(٥) لم نجد في إجارة المبسوط ما يدلّ ظاهراً، أو احتمالاً على الحكم المذكور، فراجع.

(٦) الموجود في الشرائع في باب الإجارة هو التصريح بتقديم قول المالك، وعبارته هكذا: إذا تنازعا في أصل الإجارة فالقول قول المالك مع يمينه، انتهى. فراجع الشرائع: ج ٢ ص ١٨٩.

(٧) إرشاد الأذهان: في العارية ج ١ ص ٤٤٠.

«المختلف[١] والتذكرة[٢] والحواشي[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥] والروضة[٦]» ومزارعة «الكتاب[٧] والإرشاد[٨] وجامع المقاصد[٩] والروض[١٠] والمسالك[١١] والكفاية[١٢]» أنّهما يتحالفان. وهو **القول الرابع**: وعليه نزّل الشهيد عبارة الكتاب في «الحواشي[١٣]» المنسوبة إليه، لأنّ كلّاً منهما مدّعٍ ومدّعى عليه، فيحلف المالك على نفي الإعارة والراكب على نفي الإجارة ويثبت أقلّ الأمرين، لانتفاء الزائد من المسمّى بيمين المستعير والزائد من اُجرة المثل باعتراف المالك، فلابدّ لمن أطلق القول بالتحالف كما في «المختلف[١٤]» من تقييده بما إذا لم تزد اُجرة المثل عن المدّعى، فإن زادت فلا معنى لإحلاف المالك كما هو ظاهر، مضافاً إلى ما ستسمع.

وقد يعتذر[١٥] عن ظاهر الكتاب والإرشاد بأن يقال: إنّ ذلك إنّما هو فيما إذا قنع المالك ورضي بذلك ولم يدّعِ شيئاً آخر وأنّ ذلك أقلّ ما يحصل له في هذه الصورة،

(١ و ١٤) مختلف الشيعة: في العارية ج ٦ ص ٧٥ ـ ٧٧.
(٢) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١٧ س ١٢.
(٣) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا، فراجع.
(٤) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٩١. (٥) مسالك الأفهام: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٦٥.
(٦) الروضة البهية: في العارية ج ٤ ص ٢٧٢.
(٧) قواعد الأحكام: في المزارعة ج ٢ ص ٣١٥.
(٨) إرشاد الأذهان: في المزارعة ج ١ ص ٤٢٧.
(٩) جامع المقاصد: في المزارعة ج ٧ ص ٣٤١ ـ ٣٤٢.
(١٠) لم يعهد من الشهيد الثاني مباحث المعاملات في الروض فضلاً عن ذكر هذه المسألة المبحوث عنها في المقام وفضلاً عن الفتوىٰ بمانسبهُ إليه في الشرح، نعم قد احتملنا سابقاً في بعض الحواشي الّذي علّقناه أنه ألّف جميع الفقه في هذا الكتاب وحرّره إلّا أن قسم المعاملات لم يصل إلينا كما يشهد به ما قد يحكيه الشارح منه في بعض المواضع، فراجع وتأمّل.
(١١) مسالك الأفهام: في أحكام المزارعة ج ٥ ص ٣١.
(١٢) كفاية الأحكام: في المزارعة ج ١ ص ٦٣٨.
(١٣) لم نعثر عليه في الحواشي الموجودة لدينا، فراجع.
(١٥) كما في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٨٩.

وأمّا إذا لم يقنع وطالب بالزيادة فله إحلافه كما هو ظاهر، ولعلّه إنّما تركه لظهوره.

وقد يعتذر[1] عن الشرائع والتحرير بأنّ الغالب في الأُجرة أن تكون بمقدار أُجرة المثل أو أزيد، فالاعتراض عليهما بما إذا كان ما يدّعيه من الأُجرة أقلّ لم يصادف محزّه.

ويرد على القول بالتحالف ما ذكرناه في صدر المسألة من أنّه إذا قدّمت دعوى المالك وحلف المستعير فلا معنى للتحالف أصلاً. فالقول بالقرعة لهم في تقديم حلف أحدهما ليس بذلك البعيد. وهو **القول الخامس** في أصل المسألة اختاره الشيخ في مزارعة «الخلاف[2]» وجعله في «المبسوط[3]» أحوط، قال في «الخلاف»: والّذي يليق بمذهبنا أن يستعمل فيه القرعة، فمن خرج اسمه حلف وحكم له به. ومعناه أنّ معرفة المدّعي والمنكر مشتبهة عليه في المقام، فيجب المصير إلى القرعة. وقضية ما في «المبسوط» أنّ الحاكم لمكان الاشتباه مخيّر في تقديم أيّهما شاء، والأحوط القرعة.

والقول السادس هو ما في «السرائر[4]» قال: لا يقبل قول المالك في مقدار ما ادّعاه من الأُجرة ولا نقبل قول الراكب فيما ادّعاه من العارية، بل توجب عليه أُجرة المثل، لأنّا قد تحقّقنا ركوب الدابّة، والراكب يدّعي العارية فيحتاج إلى بيّنة، والمالك يدّعي عقد إجارة وأُجرة معيّنة يحتاج أيضاً إلى بيّنة، فإذا عدمنا البيّنات على ذلك وقد تحقّقنا ركوب الدابّة فالواجب في ذلك أُجرة المثل عوضاً عن منافع الدابّة المتحقّقة، انتهى. وظاهره أنّه لا يكلّف أحد منهم بيمين، وهو خلاف ما في

(١) لم نعثر على المعتذر عنه فيما بأيدينا من الكتب، فراجع.
(٢) الخلاف: في المزارعة ج ٣ ص ٥٢١ مسألة ١١.
(٣) المبسوط: في المزارعة ج ٣ ص ٢٦٦.
(٤) السرائر: في بيان أحكام العارية ج ٢ ص ٤٣١.

ولو ادّعى المالك الغصب صدّق مع اليمين، ويثبت له أُجرة المثل.

«الشرائع[1]» وقد حكى عنه في «المسالك[2]» موافقتها، فليلحظ ذلك. وقد استوفينا الكلام في باب المزارعة[3] فلتلحظ هناك أيضاً.

وللمصنّف في إجارة «الكتاب[4]» في المسألة عبارة لا تكاد تصحّ على ظاهرها، فلا يصحّ أن نحكي عنها شيئاً، وقد انتهض الشارحون لتأويلها فلتلحظ، وقد نزّلناها على تنزيل يدفع عنها جميع ما أوردوه عليها.

فرع: لو انعكس هذا الاختلاف فادّعى المالك الإعارة والمتصرّف الإجارة فالقول قول المالك سواء كان قبل مضيّ مدّة لمثلها أُجرة أو بعد مضيّ مدّة الإجارة أو بعد مضيّ بعض المدّة. وفي الصورتين الأخيرتين تكون الأُجرة مجهولة المالك. ثمّ إنّه لا معنى للاختلاف في الثانية إلّا إذا كانت الإعارة مشروطة في عقدٍ لازم. هذا إذا كانت العين باقية، وإن كانت تالفة وكان الاختلاف قبل مضيّ مدّة لمثلها أُجرة عقيب القبض وقد ادّعى أنّه شرط عليه الضمان فالقول قول المالك مع اليمين، لأنّهما اختلفا في صفة القبض، والأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان لقوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»[5] وإن كان بعد مضيّ المدّة أو في أثنائها، فإن كانت الأُجرة بقدر القيمة فذاك، وإلّا أخذت الزيادة.

قوله: ﴿ولو ادّعى المالك الغصب صدّق مع اليمين ويثبت له أُجرة

(١) شرائع الإسلام: في الأحكام المتعلّقة بالعارية ج ٢ ص ١٧٥.

(٢) مسالك الأفهام: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٦٤.

(٣) سيأتي في ج ٧ ص ٣٤١ الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء العشرين.

(٤) سيأتي في ج ٧ص ٢٨٠ـ٢٨٣ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء العشرين.

(٥) عوالي اللآلي: ج ٢ ص ٣٤٥، وسنن البيهقي: ج ٦ ص ٩٥.

المثل» كما في «التذكرة[1] والتحرير[2] والمختلف[3] وجامع المقاصد[4]» ومزارعة «المبسوط[5] والشرائع[6] والإرشاد[7] وجامع المقاصد[8] والروض[9] والمسالك[10] ومجمع البرهان[11] والكفاية[12] والسرائر» فيما حكي عنها[13] والموجود في «السرائر» في الباب ما تقدّم[14] نقله عنها ولم نجده في مزارعتها، لما تقدّم من أصالة تبعيّة المنافع للأعيان في التملّك، والأصل عدم إباحة المنفعة وعدم الإذن.

والمخالف الشيخ في «الخلاف[15]» قال: القول قول المتصرّف، لأنّ المالك يدّعي عليه عوضاً، والأصل براءة ذمّته منه. وزاد له في «التذكرة[16]» أنّ الظاهر من اليد أنّها بحقّ، وأغرب فيها في باب المزارعة[17] فقال: إنّ القول قول المتصرّف، وعليه الأُجرة والأرش وطمّ الحفر وله إزالة الزرع. وفي «جامع المقاصد» أنّه سهو قطعاً[18]. قلت: هذا يرجع إلى أنّ الأصل في فعل المسلم الصحّة وأنّه غير

(١) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١٧ س ٤٠.
(٢) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢٢٠.
(٣) مختلف الشيعة: في العارية ج ٦ ص ٧٦.
(٤) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٩١.
(٥) المبسوط: في المزارعة ج ٣ ص ٢٦٧.
(٦) شرائع الإسلام: في أحكام المزارعة ج ٢ ص ١٥٣.
(٧) إرشاد الأذهان: في المزارعة ج ١ ص ٤٢٧.
(٨ و١٨) جامع المقاصد: في المزارعة ج ٧ ص ٣٤٢ و٣٤٣.
(٩) تقدّم ما يتعلّق به في ص ٤٧٦ هامش ١٠، فراجع.
(١٠) مسالك الأفهام: في أحكام المزارعة ج ٥ ص ٣٢.
(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في أركان المزارعة ج ١٠ ص ١١٣.
(١٢) كفاية الأحكام: في المزارعة ج ١ ص ٦٣٩.
(١٣) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في العارية ج ٦ ص ٧٦.
(١٤) تقدّم نقله في ص ٤٧٩.
(١٥) الخلاف: في العارية ج ٣ ص ٣٨٩ مسألة ٥.
(١٦ و١٧) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١٧ السطر الأخير، وفي المزارعة ص ٣٤٠ س ٣٩.

ولو ادّعى استئجار الذهب ـ وسوّغناه ـ بعد التلف وادّعى المالك الإعارة، فإن اتّفقت الأُجرة والقيمة أخذها المالك بغير يمين، وإن زادت القيمة أخذها باليمين،

مخالف للشريعة، لكن شرط التمسّك بالأصلين أن لا يلزم الإضرار بمسلم.

هذا وقد قال في «المختلف[1]»: إن كانت العين باقية ردّها والأُجرة، وإن كانت تالفة ردّ الأُجرة، وهل يردّ أعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف إن أوجبناه على الغاصب أو القيمة يوم التلف؟ والوجه هنا التحالف وتثبت القيمة يوم التلف خاصّة، وإن لم نوجب أعلى القيم على الغاصب فلا بحث. وإن ادّعى المالك الغصب والقابض الإجارة فالاختلاف هنا في وجوب القيمة وقدر الأُجرة، فالقول قول المالك مع اليمين وإن نقص المسمّى عن أُجرة المثل، انتهى.

[في دعوى المتصرف استئجار الذهب والمالك عاريته]

قوله: ﴿ولو ادّعى استئجار الذهب ـ وسوّغناه ـ بعد التلف وادّعى المالك الإعارة، فإن اتّفقت الأُجرة والقيمة أخذها المالك بغير يمين، وإن زادت القيمة أخذها باليمين﴾ كما صرّح به في «جامع المقاصد[2]» ونبّه عليه في «التحرير[3]» والوجه في الأوّل ـ أعني اتّفاق الأُجرة والقيمة ـ ظاهر لأنّ ذلك القدر لازم على كلّ من التقديرين ولا محصّل للاختلاف، وفي الثاني أنّ المالك إذا حلف على نفي الإجارة انتفت فتكون العين حينئذٍ مضمونة على القابض، فيجب قيمتها حيث تلفت. وإنّما ذكر تسويغ استيجاره لأنّه لم يسبق بيانه. وقوله «بعد التلف» متعلّق بقوله «ادّعى».

---

(١) مختلف الشيعة: في العارية ج٦ص٧٦. (٢) جامع المقاصد: في العارية ج٦ص٩٢.

(٣) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢١٩.

وقبل التلف للمالك الانتزاع باليمين. ويصدّق المستعير في ادّعاء التلف

قوله: ﴿وقبل التلف للمالك الانتزاع باليمين﴾ أي إذا ادّعى ذلك قبل تلف العين انتزعها المالك إذا حلف على نفي الإجارة ولا عوض للمنفعة المستوفاة لإقراره بالعارية وإن وجب على مدّعي الاستيجار أُجرة مدّة كون العين في يده بزعمه.

[فيما لو ادّعى المستعير التلف]

قوله: ﴿ويصدّق المستعير في ادّعاء التلف﴾ كما في «الشرائع[1] والتذكرة[2] والتحرير[3] والإرشاد[4] واللمعة[5] وجامع المقاصد[6] والروضة[7] والكفاية[8]» وقد يلوح ذلك ممّن[9] اقتصر على ذِكر عدم قبول قوله في الردّ. وفي «الرياض» أنّه لا خلاف فيه، سواء ادّعاه بأمرٍ ظاهر أو خفي، لأنّه أمين ولإمكان صدقه، فلو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس[10].

وقال في «المسالك»: وقد تقدّم نظيره وما يرد عليه في باب الأمانات[11]. ولم نجده أورد على نظيره في باب الأمانات[12] شيئاً.

---

(١) شرائع الإسلام: في الأحكام المتعلّقة بالعارية ج ٢ ص ١٧٥.
(٢) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١٨ س ٢٣.
(٣) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢٢١.
(٤) إرشاد الأذهان: في العارية ج ١ ص ٤٣٩.
(٥) اللمعة الدمشقية: في العارية ص ١٥٦.
(٦) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٩٣.
(٧) الروضة البهية: في العارية ج ٤ ص ٢٦٥.
(٨) كفاية الأحكام: في العارية ج ١ ص ٧١٣.
(٩) كالمحقّق في مختصر النافع: في العارية ص ١٥١.
(١٠) رياض المسائل: في العارية ج ٩ ص ١٨٥ ـ ١٨٦.
(١١) مسالك الأفهام: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٦٧.
(١٢) المصدر السابق: في أحكام المضاربة ج ٤ ص ٢٧٥.

لا الردّ،

وفي «مجمع البرهان[1]» أنّ ما استندوا إليه ليس بحجّة قاطعة، والقياس على الوديعة قياس مع الفارق لمكان الضرورة لئلّا يلزم سدّ باب الوديعة، فإن كان إجماع أونصّ، وإلّا فالقواعد تقتضي أنّ القول قول المالك كما في الردّ، لأنّه مدّعٍ والمالك منكر، والفرق بين الردّ والتلف مشكل، نعم يمكن قبول قوله في موضع لايمكن الإشهاد.

قلت: قد طفحت أخبار[2] باب العارية على كثرتها بأنّها إذا هلكت عند المستعير ليس عليه ضمان، فتأمّل جيّداً. وفي بعضها[3] أنّ صاحب العارية والوديعة مؤتمن. وإذا ثبت هذا لم يكن عليه إلّا اليمين، فكان النصّ موجوداً وأنّهما من وادٍ واحد، إلّا أنّ ذلك قد يقضي بقبول قوله في الردّ، ولا يقولون به، فتأمّل. ولعلّه لايجيء هنا خلاف الصدوق والشيخ في «النهاية» وصاحب «الوسيلة» من قبول قوله من دون يمين كما قالوه في «الوديعة[4]».

[فيما لو ادّعى المستعير الردّ]

قوله: ﴿لا في الردّ﴾ كما في الكتب التسعة المتقدّمة مع زيادة «النافع[5] وإيضاحه والتبصرة[6] والمسالك[7] ومجمع البرهان[8]». وفي «الرياض» أنّه لا يعلم فيه خلافاً، للأصل وأنّه قد قبضه لمصلحة نفسه بخلاف الودعي فإنّه إنّما قبض

(١ و٨) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٨٧.
(٢) وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب العارية ج ١٣ ص ٢٣٥.
(٣) وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب العارية ح ٦ ج ١٣ ص ٢٣٧.
(٤) تقدّم قولهم في ص ٣٤٦.
(٥) المختصر النافع: في الوديعة ص ١٥١.
(٦) تبصرة المتعلّمين: في العارية ص ١٠٦.
(٧) مسالك الأفهام: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٦٧.

وفي القيمة مع التفريط أو التضمين على رأي،

لمصلحة المالك خاصّة. ومعنى عدم قبول قوله الحكم بضمانه المثل أو القيمة لا الحكم بالعين مطلقاً ـ أي كاذباً كان أو صادقاً ـ للزوم إيداعه الحبس مخلّداً[1]. ولا منافاة بين إمكان صدقه وكونه كاذباً في الواقع والحكم بضمانه للمثل أو القيمة ظاهراً، إذ ليس كلّ ممكن بواقع، وطريق الجمع الانتقال من العين إلى البدل. وقال في «جامع المقاصد»: ومن هنا يُعلم أنّ الوكيل بجعل كالمستعير وتبرّعاً كالمستودع[2].

قلت: هذا يتمّ لو كانت العلّة منصوصة، وليست كذلك، وإنّما هي مناسبة، مع مخالفة الأصل، والأصل فيما نحن فيه الإجماع معتضداً بالأصل، وأنّه مدّعٍ محض، وإلّا فبعض أخبار الباب يقضي بأنّه كالودعي يقبل قوله في الردّ كما عرفت.

[فيما إذا اختلف الطرفان في القيمة]

قوله: ﴿وفي القيمة مع التفريط أو التضمين﴾ لو اختلفا في القيمة فالقول قول المستعير كما في «السرائر[3] والشرائع[4] والنافع[5] وكشف الرموز[6] والإرشاد[7] والمقتصر[8] والتنقيح[9] وإيضاح النافع ومجمع البرهان[10] والكفاية[11]».

---

(١) رياض المسائل: في العارية ج ٩ ص ١٨٦.

(٢) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٩٣.

(٣) السرائر: في أحكام العارية ج ٢ ص ٤٣٠ ـ ٤٣١.

(٤) شرائع الإسلام: في الأحكام المتعلّقة بالعارية ج ٢ ص ١٧٥.

(٥) المختصر النافع: في العارية ص ١٥١.

(٦) كشف الرموز: في الوديعة والعارية ج ٢ ص ٢٦ و ٢٨.

(٧) إرشاد الأذهان: في العارية ج ١ ص ٤٣٩.

(٨) المقتصر: في العارية ص ٢٠٣.

(٩) التنقيح الرائع: في العارية ج ٢ ص ٢٥٠ ـ ٢٥١.

(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام العارية ج ١٠ ص ٣٨٧.

(١١) كفاية الأحكام: في العارية ج ١ ص ٧١٣.

وفي «التذكرة[١] وجامع المقاصد[٢] والمسالك[٣]» التصريح كالكتاب بما أطلق هؤلاء بأنّ القول قوله مع التفريط أو التضمين. وفي «التحرير[٤] والتبصرة[٥]» التقييد بالتفريط، والاقتصار عليه ليس خلافاً، بل لعلّه للتنبيه على الأخفى أو الأغلب. لكن في «المختلف[٦] والإيضاح[٧] والرياض[٨]» فرضت المسألة فيما إذا اختلفا في القيمة بعد التفريط والاتّفاق عليه، وليس في كلام المخالفين كما يأتي التقييد بذلك. وقد اختير في الثلاثة المذكورة تقديم قول المستعير. وفي «التنقيح[٩]» أنّ عليه الفتوى. قلت: ودليلهم الأصل وأنّه غارم.

وقال الشيخ في «النهاية[١٠]»: وإذا اختلف المستعير والمعير في قيمة العارية كان القول قول صاحبها مع يمينه، فإن اختلفا في التفريط والتضييع كان على المعير البيّنة ... إلى آخره. فذكر التفريط بعد الاختلاف في القيمة، وهو الّذي يُفهم من «المقنعة[١١] والمراسم[١٢]» وبه صرّح في «الوسيلة» قال: فإن اختلفا في القيمة كان القول قول المعير[١٣]. وهو المحكي[١٤] عن القاضي. وقال في «الغنية» وإذا اختلفا

---

(١) تذكرة الفقهاء: في التنازع في العارية ج ٢ ص ٢١٨ س ٢٤ ـ ٢٥.

(٢) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٩٣.

(٣) مسالك الأفهام: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٦٨.

(٤) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢٢٠.

(٥) تبصرة المتعلّمين: في العارية ص ١٠٦.

(٦) مختلف الشيعة: في العارية ج ٦ ص ٧٣.

(٧) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٣٤.

(٨) رياض المسائل: في العارية ج ٩ ص ١٨٦.

(٩) التنقيح الرائع: في العارية ج ٢ ص ٢٥٠ ـ ٢٥١.

(١٠) النهاية: في العارية ص ٤٣٨.

(١١) المقنعة: في العارية ص ٦٣٠.

(١٢) المراسم: في أحكام العارية ص ١٩٤. (١٣) الوسيلة: في بيان العارية ص ٢٧٦.

(١٤) حكاه عنه العلّامة في المختلف: في العارية ج ٦ ص ٧٢.

في مبلغ العارية أو قيمتها أخذ ما أقرّ به المستعير، وكان القول قول المالك مع يمينه فيما زادعن ذلك بدليل الإجماع[١]. وحكي مثل ذلك في «المختلف[٢]» عن التقيّ، واحتمل أن يكون ذلك بعد ردّ المستعير اليمين على المعير، وهو بعيد، على أنّ هذه العبارة هي الّتي حكاها في «السرائر» عمّن خالف منّا وقال: إنّها هي الّتي أوردها الشيخ في النهاية[٣]. وقد خلا كلام الجميع عن التقييد بكون ذلك بعد التفريط، بل هو بإطلاقه شامل لما إذا اشترط التضمين، فلا نستجود قوله في «المختلف[٤]»: احتجّوا ببطلان الأمانة بالخيانة، فلم يكن قوله مقبولاً في القيمة، لأنّه ليس في كلامهم تصريح ولاظهور في ذلك. وتبعه على ذلك جماعة، مع أنّ منهم من صرّح بالتفريط والتضمين كولد المصنّف في«الإيضاح[٥]» ومنهم من أطلق الكلمة كالمحقّق الثاني[٦] والشهيد الثاني[٧] وأجابوا بأنّ تقديم قوله ليس لكونه أميناً بل لكونه منكراً.

وظاهر كلام «السرائر[٨]» أنّ هناك خبراً استندوا إليه. وقال «كاشف الرموز»: إنّي اعتبرت الأحاديث فما ظفرت بخبر يؤيّد هذا القول، وأخذ يتجشّم لهم أنّ الثابت في الذمّة هو التالف، ومع تعذّر المثل القيمة، فالمستودع يدّعي أنّ الثابت في الذمّة هذا القدر خلاصاً ممّا ثبت في ذمّته، فعليه البيّنة. ثمّ أجاب بأنّا لا نسلّم أنّه يدّعي، بل ينكر قول المالك ويقرّ بالقدر المتّفق عليه، قال: ولا يقال إنّه يدّعي أمراً خفيّاً، لأنّ المتّفق عليه لا يكون خفيّاً[٩]. والغرض أنّه وصاحب «السرائر»

(١) غنية النزوع: في العارية ص ٢٧٦.
(٢ و٤) مختلف الشيعة: في العارية ج ٦ ص ٧٣ و٧٤.
(٣ و٨) السرائر: في العارية ج ٢ ص ٤٣٠ و٤٣١.
(٥) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٣٤.
(٦) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٩٣.
(٧) مسالك الأفهام: في العارية ج ٥ ص ١٦٨.
(٩) كشف الرموز: في الوديعة ج ٢ ص ٢٦.

وفي عدم التفريط.

لم يحتجّا لهم بما في «المختلف» وغيره[١].

وصاحب «الغنية» احتجّ بالإجماع الموهون بما عرفت[٢]. نعم ما ذكروه يتعيّن في الوديعة، لأنّه لا يتأتّى فيها الضمان بدون تفريط، ولا كذلك العارية.

وقد خلت بعض العبارات[٣] عن ذكر اليمين، وهو مراد جزماً هنا.

وليعلم أنّ ذلك كلّه فيما إذا احتمل تغيير القيمة حين التلف لطول المدّة ونحو ذلك، وإلّا فلو رآها أهل الخبرة قبل هلاكها بحيث يجزمون أنّها لم تتغيّر قيمتها حين هلاكها بما قاله المستعير فإنّ القول قول المالك. ولعلّ ذلك مراد الشيخين وأتباعهما، فتأمّل.

[فيما إذا اختلف الطرفان في التفريط]

قوله: ﴿وفي عدم التفريط﴾ كما في «النهاية[٤] والوسيلة[٥] والغنية[٦] والسرائر[٧] والنافع[٨] والتذكرة[٩] والمختلف[١٠] والتبصرة[١١] والتنقيح[١٢] والكفاية[١٣]»

---

(١) كما في إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٣٤.

(٢) تقدّم ذكره في ص ٤٨٤ ـ ٤٨٥.

(٣) كشرائع الإسلام: في الوديعة ج ٢ ص ٤١٢، وإرشاد الأذهان: في الوديعة ج ١ ص ٤٣٩، ومسالك الأفهام: في الوديعة ج ٥ ص ١٦٨.

(٤) النهاية: في الوديعة والعارية ص ٤٣٨.

(٥) الوسيلة: في بيان العارية ص ٢٧٦.

(٦) غنية النزوع: في العارية ص ٢٧٦.

(٧) السرائر: في العارية ج ٢ ص ٤٣٠ ـ ٤٣١.

(٨) المختصر النافع: في العارية ص ١٥١.

(٩) تذكرة الفقهاء: في التنازع في العارية ج ٢ ص ٢١٨ س ٢٥.

(١٠) مختلف الشيعة: في العارية ج٦ ص٧٣.

(١١) تبصرة المتعلّمين: في العارية ص١٠٦.

(١٢) التنقيح الرائع: في العارية ج ٢ ص ٢٥٠.

(١٣) كفاية الأحكام: في العارية ج ١ ص ٧١٣.

وهو المحكي[١] عن القاضي والتقيّ، للأصل وأنّه منكر. وقد يظهر من «الغنية[٢]» الإجماع عليه.

وقال في «المقنعة» وإن تعدّى المستعير في العارية ضمنها وإن لم يكن صاحبها قد اشترط ضمانها، والقول في الخلف بين المستعير وصاحب العارية كالقول في الوديعة والرهن سواء، إن كانت لأحدهما بيّنة حكم له بها، وإن لم تكن فالقول قول صاحب العارية مع يمينه بالله عزّ وجلّ[٣] مع أنّه لم يذكر في الرهن ولا الوديعة الخلف في التفريط، بل في القيمة معه وجعل القول قول المالك[٤] ولم يطل به العهد فتأمّل. وقال في «المراسم»: فالمضمون يلزم ضمانه على كلّ حال، وما لا يضمن لا يلزم ذلك فيه إلّا بالتفريط خاصّة، فإن اختلفا في شيءٍ من ذلك فالقول قول المعير مع يمينه إذا عدما البيّنة[٥]. فإن قصد وشيخه الخلف في التفريط كانت المسألة خلافية، ولم يفهم المصنّف منهما الخلاف في «الكتاب» ولا ولده[٦] ولا كاشف الرموز[٧] ولا أبو العباس[٨]، ولو كانا مخالفين ما أهمل التنبيه عليه بالكلّية في «الشرائع[٩]» وغيرها[١٠] ممّا لم نذكره. والمصنّف في «المختلف[١١]» احتمل كونهما مخالفين احتمالاً، وإنّما نسب الخلاف إليهما على البتّ الفاضل المقداد[١٢]، ونقل عبارته حرفاً فحرفاً شيخنا صاحب «الرياض[١٣]».

---

(١) حكاه عنهما الطباطبائي في رياض المسائل: في العارية ج ٩ ص ١٨٥.

(٢) غنية النزوع: في العارية ص ٢٧٦.

(٣ و ٤) المقنعة: في العارية ص ٦٣٠، والرهون ص ٦٢٣، وفي الوديعة ص ٦٢٦.

(٥) المراسم: في أحكام العارية ص ١٩٤. (٦) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٣٤.

(٧) كشف الرموز: في الوديعة والعارية ج ٢ ص ٢٧ ـ ٢٨.

(٨) المهذّب البارع: في العارية ج ٣ ص ١٢ ـ ١٣.

(٩) شرائع الإسلام: في الأحكام المتعلّقة بالعارية ج ٢ ص ١٧٥.

(١٠) كمسالك الأفهام: في أحكام العارية ج ٥ ص ١٦٧ ـ ١٦٨.

(١١) مختلف الشيعة: في العارية ج ٦ ص ٧٣. (١٢) التنقيح الرائع: في العارية ج ٢ ص ٢٥٠.

(١٣) رياض المسائل: في العارية ج ٩ ص ١٨٥ ـ ١٨٦.

فــروع

الأوّل: ولد العارية المضمونة غير مضمون.

الثاني: مؤنة الردّ على المستعير.

فــروع

[حكم ولد العارية المضمونة]

قوله: ﴿فروع، الأوّل: ولد العارية المضمونة غير مضمون﴾ هـذا خاصّ بما إذا كانت مضمونة بالاشتراط فيما يؤثّر فيه الشرط لا كولد الصيد للمحرم وشبهه. ووجه عدم ضمانه أنّ الإذن في إثبات اليد عليه مستفادة من فحوى عارية الاُمّ، وليس داخلاً في العارية. ولا فرق بين كونه منفصلاً أو حملاً. ويجيء على قول الشيخ [١] أنّ الحمل جزء من الاُمّ ضمانه.

[في أنّ مؤنة الردّ على المستعير]

قوله: ﴿الثاني: مؤونة الردّ على المستعير﴾ قد تقدّم الكلام [٢] فيه، لأنّه قبض لمصلحة نفسه ويجب ردّ الملك على مالكه عند الطلب أو انقضاء المدّة. وقال في «جامع المقاصد»: قد يقال: هذا ينافي ما سبق من عدم وجوب طمّ الحفر لو قلع الغرس المالك، لأنّه لم يردّ الملك المستعار على المالك إلّا أن يقال: المـراد ردّه على ما هو به. وعلى ما ذكره فقد يستفاد أنّ المالك إذا بذل الأرش ألزمه بالقلع، وليس ببعيد، لكن يشكل عليه ما لو استعار في بلد فسافر المالك إلى بلدٍ آخـر، فيمكن أن يقال: الواجب الردّ في بلد العارية، لأنّه الّذي لزمه وقت تسليمها [٣].

---

(١) المبسوط: في أحكام بيع الغرر ج ٢ ص ١٥٦.

(٢) تقدّم في ص ٤٤١.

(٣) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٩٤.

الثالث: لو ردّه إلى مَن جرت العادة بالقبض كالدابّة إلى سائسها لم يبرأ.

الرابع: لو أعار المستعير فللمالك الرجوع بأُجرة المثل على مَن شاء، ويستقرّ الضمان على الثاني مطلقاً على إشكال.

[فيما لو ردّ العارية إلى متصدّيه]

قوله: «لو ردّه إلى مَن جرت العادة بالقبض كالدابّة إلى سائسها لم يبرأ» لو قال: لو ردّ العارية إلى مَن جرت العادة بقبضه لها كان أولى، وقد تقدّم الكلام[1] في ذلك. وقال أبو حنيفة[2]: إذا ردّها إلى ملك المالك صارت كأنّها مقبوضة، لأنّ ردّ العواري في العادة تكون إلى أملاك صاحبها، وغلّطه في «التذكرة[3]» بردّ السارق المسروق إلى الحرز ومنع عليه العادة.

[فيما لو أعار المستعير]

قوله: «لو أعار المستعير فللمالك الرجوع بأُجرة المثل على مَن شاء، ويستقرّ الضمان على الثاني مطلقاً على إشكال» لا ريب أنّ له الرجوع بأُجرة المثل على مَن شاء منهما، لأنّ المنفعة مضمونة على كلّ واحدٍ منهما، لكونهما غاصبين.

والمراد بالإطلاق ما إذا كان ـ أي الثاني ـ عالماً أو جاهلاً، واستقراره على العالم لا إشكال فيه، وإنّما الإشكال في استقراره على الجاهل أقواه وأصحّه عدم قراره عليه كما في «الإيضاح[4] وجامع المقاصد[5]» لأنّه إنّما أقدم على استيفاء المنفعة مجّاناً

---

(١) تقدّم في ص ٤٥٩ ـ ٤٦٠.

(٢) المغني لابن قدامة: في العارية ج ٥ ص ٣٥٨، والشرح الكبير: ص ٣٧٠.

(٣) تذكرة الفقهاء: في ضمان العارية ج ٢ ص ٢١٦ س ٣٧.

(٤) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٣٤.

(٥) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٩٥.

وكذا العين.

الخامس: لو أذن المالك في الإجارة أو الرهن لزمه الصبر إلى انقضاء المدّة على إشكال، فتقدّر المدّة في الإجارة، ويضمن المستعير في المضمونة دون المستأجر والمرتهن.

فكان مغروراً ضعيف المباشرة فيرجع على مَن غرّه. ولا ترجيح في «التذكرة[1] والتحرير[2] والحواشي[3]» كالكتاب لما ذكر ولأنّه المتلف المباشر للتلف، وهو ضعيف.

قوله: ﴿وكذا العين﴾ يعني أنّ العين لو تلفت كان ضمانها عليهما فيتخيّر المالك في الرجوع على مَن شاء منهما، وقرار الضمان على الثاني مطلقاً على إشكال في الجاهل قد علم وجهه ممّا سبق، لكن في «التحرير[4]» جزم بأنّ قرار الضمان على المستعير الثاني لو تلفت في يده ولم يستشكل في الجاهل «كالتذكرة[5]» والأصحّ أنّه يرجع على مَن غرّه كما في «الإيضاح[6]» أيضاً و«جامع المقاصد[7] والكتاب[8]» في باب الرهن. وفي «الحواشي» أنّه لو اشترط عليه الضمان أو كانت ممّا يضمن كالذهب والفضّة ضمن قطعاً[9]. ووافقه على ذلك المحقّق الثاني، لأنّه إنّما دخل على ضمانها، وقال: والحال في نقص الأبعاض يُعلم من هذا[10].

قوله: ﴿لو أذن المالك في الإجارة أو الرهن لزمه الصبر إلى انقضاء

---

(١) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١٨ س ٢٦.

(٢ و ٤) تحرير الأحكام: في أحكام العارية ج ٣ ص ٢١٣.

(٣ و ٩) الحاشية النجّارية للشهيد: في العارية ص ٨٤ س ٩ ـ ١٢ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(٥) تذكرة الفقهاء: في العارية ج ٢ ص ٢١٨ س ٢٧.

(٦) إيضاح الفوائد: في العارية ج ٢ ص ١٣٤.

(٧ و ١٠) جامع المقاصد: في العارية ج ٦ ص ٩٥.

(٨) قواعد الأحكام: في الرهن ج ٢ ص ١٢٢.

المدّة على إشكال، فتقدّر المدّة في الإجارة، ويضمن المستعير في المضمونة دون المستأجر والمرتهن﴾ قد تقدّم الكلام في باب الرهن فيما إذا استعار للرهن مسبغاً في المسألة وأطرافها مستوفىً أحسن استيفاء، وقد لحظنا هناك كلامهم في البابين. ومنه يُعلم حال ما إذا أذن له في الإجارة. والأصحّ أنّه يلزمه الصبر إلى انقضاء المدّة المقدّرة، لأنّه لابدّ من تقديرها فيها، لأنّها تقبل الزيادة والنقصان، والضرر بذلك يتفاوت تفاوتاً بيّناً، فلا تصحّ الإجارة حينئذٍ بدون تقدير المدّة. ولا يضمن المستأجر والمرتهن لو تلفت لأنّ يدهما يد أمانة، وقد تقدّم الكلام [1] في المرتهن.

---

(١) تقدّم في ج ١٥ ص ٢٩٩ ـ ٣١٩.

المقصد الثالث
في اللقطة

وفيه فصول:

﴿المقصد الثالث: في اللقطة﴾

قال في «القاموس»: اللَقَطَة محرّكة وكحُزْمة وهُمَزَة وثُمامة ما التقط[1]. واقتصر في «الصحاح» على الأوّل[2]. وقال في «النهاية»: اللُقطة ـ بضمّ اللام وفتح القاف ـ المال الملقوط. قال: وقال بعضهم: بُني اسم الملتقط كالضحكة والهمزة، فأمّا المال الملقوط فهوبسكون القاف، والأوّل أكثر وأصحّ[3]، انتهى. قلت: هذا البعض الّذي قال بسكون القاف لا غير هو الخليل بن أحمد، حكاه عنه في «التذكرة[4]». وأمّا جواز فتح القاف وسكونها فمحكيّ[5] عن الأصمعي وابن الأعرابي والفرّاء وأبي عبُيدة.

وفي «المصباح المنير» اللقطة وزان رطبة ما تجده من المال الضائع. قال: قال

---

(١) القاموس المحيط: ج ٢ ص ٣٨٣ مادة «لَقَطَه».

(٢) الصحاح: ج ٣ص ١١٥٧ مادة «لقط».

(٣) النهاية: ج ٤ ص ٢٦٤ مادة «لقط».

(٤) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٠ س ٣٥.

(٥) الحاكي عنهم هو الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٤٥٩.

الأزهري: اللقطة بفتح القاف اسم الشيء الّذي تجده ملقى لتأخذه. قال ـ أي الأزهري ـ: وهذا قول جميع أهل اللغة وحذّاق النحويّين. وقال الليث: هو بالسكون، ولم أسمعه لغيره. واقتصر ابن فارس والفارابي وجماعة على الفتح، ومنهم من يعدّ السكون من لحن العوامّ. ووجه ذلك أنّ الأصل لقاطة فثقلت عليهم لكثرة ما يلتقطون في النهب والغارات وغير ذلك فتلعّبت بها ألسنتهم اهتماماً بالتخفيف فحذفوا الهاء مرّة وقالوا: لقاط، والألف أُخرى فقالوا: لقطة، فلو أُسكن اجتمع على الكلمة إعلالات، وهو مفقود في فصيح الكلام[1].

وعن أبي عُبيدة أنّ ما عليه عامّة أهل العلم أنّ اللقطة بالتحريك، حكاه عنه في «السرائر[2]». وقال في «الإيضاح»: في حديث يزيد بن خالد الجهني أجمعت الرواة على روايته بالتحريك[3]. وفي «الصحاح[4]» أصل اللقطة الأخذ من حيث لا يحسّ منه. وفي «النهاية» أن يعثر على الشيء من غير قصد[5].

وكيف كان، فقد قال جماعة[6]: إنّها مختصّة لغةً بالمال، والفقهاء تجوّزوا في إطلاقها على ما يشمل الآدمي، وبعضهم[7] جرى على المعنى اللغوي وأفرد الإنسان الضائع بكتابٍ آخر وعنونه باللقيط. قلت: الظاهر أنّها حقيقة شرعيّة بناءً على قول هؤلاء الجماعة لوجود معيارها فيها كما هو واضح، لأنّه قد أطلق لفظ اللقطة على

(١) المصباح المنير: ج ٢ ص ٥٥٧ مادة «لقط».

(٢) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٠.

(٣) إيضاح الفوائد: في اللقطة ج ٢ ص ١٣٦.

(٤) لم نعثر عليه في الصحاح ولكن وجدناه في المصباح المنير: ج ٢ ص ٥٥٧ مادة «لقط».

(٥) النهاية: ج ٤ ص ٢٦٤ مادة «لقط».

(٦) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٤٥٩، والطباطبائي في رياض المسائل: في اللقطة ج ١٢ ص ٣٧٥، والسبزواري في كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٢٠.

(٧) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في اللقيط ج ١٢ ص ٤٦١، والطباطبائي في رياض المسائل: في اللقيط ج ١٢ ص ٣٧٥.

الأوّل: في اللقيط

وفيه مطلبان:

(الأوّل)

الملقوط إمّا إنسان أو حيوان أو غيرهما، ويسمّى الأوّل لقيطاً وملقوطاً ومنبوذاً، وهو كلّ صبيٍّ ضائعٍ لا كافل له

الجارية في صحيح عليّ بن جعفر[1] في كلامه.

[في تعريف اللقيط ومصاديقه]

قوله: ﴿الأوّل: الملقوط، إمّا إنسان أو حيوان أو غيرهما، ويسمّى الأوّل لقيطاً وملقوطاً ومنبوذاً﴾ كما في «الشرائع[2]» وكذا «التذكرة[3] والتحرير[4] والدروس[5]» وغيرها[6] فجعلوا الأقسام الثلاثة باعتبار اختلاف أحكامها، فإنّ لكلّ واحدٍ من هذه الأقسام الثلاثة حكماً يخصّه. واللقيط فعيل بمعنى مفعول، فهما بمعنى، والمنبوذ المطروح فإنّه ينبذ أوّلاً ثمّ يلقط فرجعت الأسماء الثلاثة إلى أمرين باعتبار حالتيه.

قوله: ﴿وهو كلّ صبيٍّ ضائعٍ لا كافل له﴾ كما في «الشرائع[7] والنافع[8]

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ٨ ج ١٧ ص ٣٥١.

(٢ و٧) شرائع الإسلام: في اللقطة ج ٣ ص ٢٨٣.

(٣) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٧٠ س ٨.

(٤) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٤٧.

(٥) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٧٣.

(٦) ككفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٢٠.

(٨) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٣.

والتذكرة[1] والتحرير[2] والدروس[3]» مع زيادة الصبية والمجنون في الأخير. واشترط في «الإرشاد» صغره[4]. ونحوه ما يفهم من «الوسيلة[5] والغنية[6]». وفي «الحواشي[7]» كلّ صبيّ طرحه أهله عجزاً عن الصلة أو خوفاً من التهمة. وفي «اللمعة[8] والروضة[9] والمسالك[10] والكفاية[11]» وكذا «جامع المقاصد[12]» أنّه إنسان ضائع لا كافل له. وكلام أهل اللغة يوافق ما في الشرائع وما وافقها. قال في «النهاية[13]»: اللقيط الطفل الّذي يؤخذ مرميّاً. وفي «القاموس[14]» أنّه المولود الّذي ينبذ، وفي «المصباح المنير[15]» أنّه غلب على المولود المنبوذ. نعم في «الصحاح[16]» أنّه المنبوذ، فتأمّل.

ثمّ إنّ حكم الالتقاط ـ وهو الأخذ والتصرّف في اللقيط وحفظه ـ على خلاف الأصل ولا سيّما على القول بوجوبه، فيقتصر فيه على القدر المتيقّن من النصّ والفتوى، وهو ما أُطلق عليه اسم اللقيط حقيقةً عرفاً، وهو الصبيّ الشامل للصبية

---

(١) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٧٠ س ٧.
(٢) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٤٧.
(٣) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٧٣.
(٤) إرشاد الأذهان: في اللقطة ج ١ ص ٤٤٠.
(٥) الوسيلة: في اللقطة والضالّة ص ٢٧٧.
(٦) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٤.
(٧) لم نعثر عليه.
(٨) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٧.
(٩) الروضة البهيّة: في اللقطة ج ٧ ص ٦٦.
(١٠) مسالك الأفهام: في اللقيط ج ١٢ ص ٤٦١.
(١١) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٢٠.
(١٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ٩٧.
(١٣) النهاية: ج ٤ ص ٢٦٤ «مادة لقط».
(١٤) القاموس المحيط: ج ٢ ص ٣٨٣ مادة «لقط».
(١٥) المصباح المنير: ج ٢ ص ٥٥٧ مادة «لقط».
(١٦) الصحاح: ج ٣ ص ١١٥٧ مادة «لقط».

تغليباً شائعاً دون مطلق الإنسان الشامل له ولمن في حكمه كالمجنون وإن لم يستقلّ بدفع المهلكات عن نفسه، لأنّ أحكام اللقيط إنّما ترتّب على الاسم، لأنّ الموجود في الأخبار[١] اللقيط واللقيطة دون الحاجة ودفع الضرر، لاندفاعهما بإرجاع الأمر إلى الحاكم، فليكن الشأن فيه كالشأن في البالغ العاقل، فقد اتّفقوا على امتناع التقاطه وقالوا[٢]: إنّه لو خاف عليه التلف وجب إنقاذه كما يجب إنقاذ الغريق ونحوه. وهذا يقضي بأنّ المدار على الاسم دون وجوب دفع الضرر كما ستسمع في بيان التعريف، فإلحاق المجنون مطلقاً بالصبيّ ـ كما هو خيرة الشهيدين[٣] والمحقّق الثاني[٤] والخراساني[٥] وظاهر «الكتاب والإرشاد» حيث قال فيهما: ولا يلتقط البالغ العاقل[٦] إذ قضيّته أنّه يلتقط غير العاقل ـ غير متّجه. وبذلك ظهر أن لا وجه لقوله في «المسالك[٧]»: لا وجه للتقييد بالصبيّ. ثمّ إنّه ينبغي أن يزيد في «الدروس» المجنونة.

لكن هذا يقضي بخروج المميّز، وكأنّ المشهور دخوله، لأنّه خيرة «الشرائع[٨] والتذكرة[٩] والتحرير[١٠] والكتاب والدروس[١١] وجامع المقاصد[١٢] والمسالك[١٣]

(١) راجع وسائل الشيعة: ب ٢٢ من أبواب اللقطة ح ١ و٤ ج ١٧ ص ٣٧١ ـ ٣٧٢.
(٢) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ٩٨، والطباطبائي في رياض المسائل: في اللقطة ج ١٢ ص ٣٧٦، والشهيد الثاني في الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ٦٧.
(٣) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٧٣، ومسالك الأفهام: في اللقيط ج ١٢ ص ٤٦١.
(٤ و١٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ٩٧.
(٥) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٢٠.
(٦) إرشاد الأذهان: في اللقطة ج ١ ص ٤٤٠.
(٧ و١٣) مسالك الأفهام: في اللقيط ج ١٢ ص ٤٦١ و٤٦٢.
(٨) شرائع الإسلام: في اللقطة ج ٣ ص ٢٨٣.
(٩) تذكرة الفقهاء: في اللقيط ج ٢ ص ٢٧٠ س ٢١.
(١٠) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٧.
(١١) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٧٣.

والروضة[١]» وظاهر «اللمعة[٢]» وكذا «الوسيلة[٣] والغنية[٤]» وتردّد فيه في «الكفاية[٥]» وكأنّ عبارة «الإرشاد» غير ملتئمة، لأنّه أوّلاً جعل الصغر شرطاً وفرّع عليه عدم صحّة أخذ البالغ العاقل، فيفهم منه أنّه يجب التقاط غير البالغ، ثمّ قال: ويجوز أخذ المملوك الصغير دون المميّز[٦]. فيفهم منه أنّ المميّز ليس بلقيط في المملوك. ونحوه ما في «الكتاب والتذكرة» كما يأتي، لكن المحقّق الثاني[٧] والشهيد الثاني[٨] استثنيا المراهق تبعاً «للمبسوط[٩]» وإليه مال في «الدروس[١٠]» لأنّه مستغنٍ عن الحاجة إلى التعهّد والتربية فكان كالبالغ في حفظ نفسه.

وقد يقال[١١]: إنّ الشهرة غير متحقّقة، لاضطراب كلمتهم في التعريف والشرائط والتعليل فيه كما عرفت وستعرف. هذا المحقّق في «الشرائع» تردّد أوّلاً ثمّ جعل جواز التقاطه أشبه لصغره وعجزه عن دفع ضرورته[١٢]. ونحوه ما في «التذكرة[١٣] والتحرير[١٤]». وأنت خبير بأنّ الأشبه بالاُصول عدم صحّة التقاطه، لأنّك قد عرفت

(١) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ٦٧.
(٢) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٧.
(٣) الوسيلة: في بيان اللقطة والضالّة ص ٢٧٧.
(٤) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٤.
(٥) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٢٠.
(٦) إرشاد الأذهان: في اللقطة ج ١ ص ٤٤٠.
(٧) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ٩٧.
(٨) مسالك الأفهام: في اللقيط ج ١٢ ص ٤٦٣.
(٩) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٨.
(١٠) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٧٤.
(١١) لم نعثر عليه في ما بأيدينا من الكتب.
(١٢) شرائع الإسلام: في اللقيط ج ٣ ص ٢٨٣.
(١٣) تذكرة الفقهاء: في اللقيط ج ٢ ص ٢٧٠ س ٢١.
(١٤) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٧.

أنّ أخذه والتصرّف فيه مخالف للأصل خصوصاً على القول بوجوبه وأنّ المدار على الاسم لا على الحاجة، وأنّ المميّز لا يسمى لقيطاً عرفاً، بل يكفي الشكّ، وأنّ التعليل المذكور لا يقضي بكونه لقيطاً، لأنّ ذلك يندفع بإرجاع أمره إلى الحاكم، فهو من باب الولاية العامّة كحفظ المجانين والغيّاب وسائر المصالح، فينصب له من يباشر ذلك ويصرف عليه من بيت المال إن لم يكن له مال.

فالطفل إن لم يكن مميّزاً أصلاً فجواز التقاطه أو وجوبه إجماعي كما صرّح به جماعة[1]. وفي «الشرائع» أنّه لاريب في تعلّق الحكم بالتقاطه[2] وإن كان مميّزاً في الجملة، ولكن مع ذلك ما وصل تمييزه إلى حفظ نفسه عن الهلاك بأن يقع في بئر أو نار أو نحو ذلك فالظاهر أنّه مثل غير المميّز بل يكاد أن لا يسمّى مميّزاً، وأمّا إذا تعدّى عن هذه المرتبة ولكنّه إنّما يحتاج إلى التربية كطبخ طبيخه وغسل ثيابه، وهذا هو المفروض في كلامهم، فالظاهر كما هو خيرة مولانا المقدّس الأردبيلي[3] وشيخنا صاحب «الرياض[4]» أنّه لا يجب التقاطه بل ليس ذلك محلّاً له بل أمره إلى الحاكم.

هذا وقد قيل في «التذكرة[5] والمسالك[6]» في بيان حال التعريف: إنّه احترز بالصبيّ عن البالغ فإنّه مستغنٍ عن الحضانة والتعهّد فلا معنى لالتقاطه. نعم لو وقع في معرض هلاك وجب تخليصه كفاية. قلت: هذا يشهد على ما ذكرناه آنفاً. قال في «المسالك»: واحترز بالضائع عن غير المنبوذ وإن لم يكن له كافل، فإنّه

---

(١) منهم الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط اللقطة ج ١٠ ص ٣٩٣ ـ ٣٩٤، والطباطبائي في رياض المسائل: في اللقطة ج ١٢ ص ٣٧٥ ـ ٣٧٦.

(٢) شرائع الإسلام: في اللقيط ج ٣ ص ٢٨٣.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط اللقطة ج ١٠ ص ٣٩٣ ـ ٣٩٤.

(٤) رياض المسائل: في اللقطة ج ١٢ ص ٣٧٥ ـ ٣٧٦.

(٥) تذكرة الفقهاء: في اللقيط ج ٢ ص ٢٧٠ س ٢٠.

(٦) مسالك الأفهام: في اللقيط ج ١٢ ص ٤٦١.

وإن كان مميّزاً، فإن كان له مَن يجبر على نفقته أُجبر على أخذه،

لايصدق عليه اسم اللقيط وإن كانت كفالته واجبة إلّا أنّه لا يسمّى لقيطاً[1]. وقريب منه ما في «التذكرة[2]» وهذا أيضاً يؤيّد ما ذكرناه. وبقوله «لا كافل له» عن الضائع المعروف النسب فإنّ أباه وجدّه ومَن يجب عليه حضانته مختصّون بحكمه ولايلحقه حكم الالتقاط. نعم يجب على من وجده أخذه وتسليمه إلى مَن تجب عليه حضانته كفايةً من باب الحسبة، فالمراد «لا كافل له» حال الالتقاط. ويجوز الاحتراز بقوله «لا كافل له» عن الصبيّ الملقوط، فإنّه في يد الملتقط يصدق عليه أنّ له كافلاً، ومع ذلك لا يخرج به عن اسم الضائع بالنسبة إلى أهله.

وبعد ذلك كلّه فالمسألة في المجنون والمميّز لا تخلو عن الإشكال، لأنّ الظاهر من تعليلات علماء الخاصّة[3] والعامّة[4] في عدّة مواضع وبه صرّح بعضهم أنّ المدار على الحاجة إلى الحضانة والتعهّد لعجزه عن دفع ضرره وضرورته وأنّه المراد من الأخبار.

قوله: ﴿وإن كان مميّزاً﴾ قد تقدّم الكلام[5] فيه.

قوله: ﴿وإن كان له مَن يجبر على نفقته أُجبر على أخذه﴾ لا يخلو كلامهم في المقام من اضطراب، ففي «الشرائع[6] والتحرير[7]» لو كان له أب أو جدّ

---

(١) مسالك الأفهام: في اللقيط ج ١٢ ص ٤٦١.

(٢) تذكرة الفقهاء: في اللقيط ج ٢ ص ٢٧٠ س ٢٢ ـ ٢٥.

(٣) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في اللقيط ج ٣ ص ٢٨٣، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ٩٧، والعلّامة في تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٧.

(٤) منهم النووي في المجموع: في اللقيط ج ١٥ ص ٢٩١.

(٥) تقدّم في ص ٤٩٥ ـ ٤٩٨.

(٦) شرائع الإسلام: في اللقيط ج ٣ ص ٢٨٣.

(٧) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٧.

أو أُمّ أُجبر الموجود منهم على أخذه. وزاد في «الشرائع» ولو سبق إليه ملتقط ثمّ نبذه فأخذه الآخر فإنّه يلزم الأوّل[1]. وفي «الإرشاد[2] واللمعة[3]» أنّه يجبر الأب والجدّ والملتقط، وترك الاُمّ فيهما، وزاد الوصيّ في «اللمعة». وفي «الدروس[4] والروضة[5]» أنّه يجبر الأب وإن علا والاُمّ وإن تصاعدت والملتقط السابق، وزاد في «الروضة» أيضاً الوصيّ. وفي «المسالك[6] والكفاية[7]» أنّ الّذي يجبر هو مَن تجب عليه حضانته. وفي «التذكرة» أنّ غير المنبوذ يحفظه أبوه أو جدّه لأبيه أو الوصيّ لأحدهما، وإلّا نصب له القاضي مَن يراعيه ويحفظه، لأنّه كان له كافل معلوم وهو أبوه أو جدّه أو وصيّهما، فإذا فقد قام القاضي مقامه كما يقوم بحفظ مال الغائبين والمفقودين. ثمّ قال: نريد بمن لا كافل له مَن لا أب له ولا جدّ للأب ومَن يقوم مقامهما، فمَن هو في حضانة أحد هؤلاء لا معنى لالتقاطه[8]. فاختلاف كلامهم واضطرابه ظاهر كما ترى، فتأمّل.

والمفهوم من كلامهم أيضاً أنّ المنبوذ هو الّذي طرح ونبذ وليس لأحد يد عليه مع كونه في موضع يظنّ فيه هلاكه، وأنّ غير المنبوذ هو الّذي له مَن يكفله قريباً كان أم بعيداً ملتقطاً أو غيره، لأنّه ليس بضائع ولا في مهلكة، فالحافظ له ليس منحصراً فيما ذكروه ولا في الوليّ كما هو ظاهر «التذكرة[9] والإرشاد[10] واللمعة[11]»

---

(١) شرائع الإسلام: في اللقيط ج ٣ ص ٢٨٣.

(٢ و١٠) إرشاد الأذهان: في اللقطة ج ١ ص ٤٤٠.

(٣ و١١) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٧.

(٤) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٧٣.

(٥) الروضة البهية: في شروط اللقيط ج ٧ ص ٦٧.

(٦) مسالك الأفهام: في اللقيط ج ١٢ ص ٤٦٢.

(٧) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٢١.

(٨ و٩) تذكرة الفقهاء: في اللقيط ج ٢ ص ٢٧٠ س ٢٢ ـ ٢٥.

ولو تعاقب الالتقاط أُجبر الأوّل.

وقد يظهر ذلك من «المبسوط» حيث قال: إنّ التربية والحضانة ولاية وكذلك الإنفاق، وذلك لا يكون إلّا للوالد أو الجدّ أو الوصيّ أو أمين الحاكم[١]، انتهى. وإرادة ذلك بعيدة جدّاً، وليس منحصراً فيمن تجب عليه الحضانة، لأنّا إلى الآن لم نعلمه، لأنّ الظاهر أنّه إنّما يجبر عليها الأبوان فصاعداً، على أنّ جماعة[٢] منهم تركوا ذكر الاُمّ هنا، والقول باختصاص الوجوب بذي الحقّ محلّ نظر للأصل، وليس في الأخبار ما يدلّ على غير ثبوت أصل الاستحقاق، فله إسقاط حقّه كما صرّح به جماعة[٣]. نعم إن استلزم تركها تضييع الولد وجبت كفاية كغيره من المضطرّين، ولم يرده مَن قال هنا: إنّ الّذي يجبر على أخذه مَن تجب عليه حضانته.

قوله: ﴿ولو تعاقب الالتقاط اُجبر الأوّل﴾ قد عرفت[٤] المصرّح به، ووجهه أنّ الحكم تعلّق به فيستصحب، فلا يجوز له نبذه بعد ذلك وردّه إلى المكان الّذي التقطه فيه بلا شكّ كما في «التذكرة[٥]» فلو فعل لم يسقط عنه الحكم، فإن عجز عن حفظه سلّمه إلى القاضي، فإن تبرّم به مع القدرة فقد قرّب في «التذكرة[٦]» أنّه يسلمه أيضاً إلى القاضي. وهو مبنيّ على أنّ الشروع في فروض الكفاية لا يوجب إتمامها، وهو خلاف التحقيق، لأنّ فروض الكفاية تختلف في ذلك، فبعضها يجب

---

(١) المبسوط: في اللقيط ج ٣ ص ٣٣٨.

(٢) منهم الشهيد في اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٧، والعلّامة في إرشاد الأذهان: في اللقطة ج ١ ص ٤٤٠، والشيخ في المبسوط: في اللقيط ج ٣ ص ٣٣٨.

(٣) منهم العلّامة في التذكرة: في اللقطة ج ٢ ص ٢٧١ س ١٤، والأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في اللقطة ج ١٠ ص ٤٢٨، والطباطبائي في الرياض: في النكاح: ج ١٠ ص ٥٢٩، والشهيد في القواعد والفوائد: ج ١ ص ٣٩٦.

(٤) تقدّم في ص ٤٩٩ ـ ٥٠٠.

(٥ و٦) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٧١ س ٣٨ و٣٦.

والتقاطه واجبٌ على الكفاية.

إتمامها وبعضها لا يجب. وأيضاً فالظاهر أنّه بعد أخذه لم يكن من الشروع في الواجب الكفائي كما يأتي بيان[1] ذلك كلّه. والّذي اختاره ولده والكركي أنّه ليس له أن يسلّمه كما يأتي[2] عند تعرّض المصنّف له.

[أنّ التقاط اللقيط واجب كفائي]

قوله: ﴿والتقاطه واجبٌ على الكفاية﴾ كما في «المبسوط[3] والتذكرة[4] والتحرير[5] والدروس[6] والتنقيح[7] وجامع المقاصد[8]» وفي «المسالك[9] والكفاية[10]» أنّه مذهب الأكثر. وفي «المسالك» أيضاً أنّه مذهب المعظم[11]. وفي «غاية المرام» أنّه المشهور[12]. وفي «التنقيح» أنّ عليه الفتوى[13]. قلت: المصرّح به خمسة[14].

وفي «الشرائع[15] والنافع[16]» أنّه مستحبّ، وقد رماه الشهيدان[17] بالضعف.

(١ و٢) سيأتي في ص ٥٤٥.

(٣) المبسوط: في اللقيط ج ٣ ص ٣٣٦.

(٤) تذكرة الفقهاء: في اللقيط ج ٢ ص ٢٧٠ س ٩.

(٥) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٩.

(٦) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٦.

(٧ و١٣) التنقيح الرائع: في اللقيط ج٤ ص١٠٧.

(٨) جامع المقاصد: في اللقطة ج٦ ص٩٨.

(٩ و١١) مسالك الأفهام: في أحكام اللقيط ج ١٢ ص ٤٧١ و٤٧٢.

(١٠) كفاية الأحكام: في اللقيط ج٢ ص٥٢٢.

(١٢) غاية المرام: في اللقيط ج٤ ص١٤٥.

(١٤) وهي المبسوط: في اللقيط ج ٣ ص ٣٣٦، وتذكرة الفقهاء: في اللقيط ج ٢ ص ٢٧٠ س ٩، وتحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٩، والدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٦، والتنقيح الرائع: في اللقيط ج ٤ ص ١٠٧.

(١٥) شرائع الإسلام: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٢٨٥.

(١٦) المختصر النافع: في اللقيط ص ٢٥٣.

(١٧) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٦، والروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ٧٧.

ولا يجب الإشهاد.

وفي «اللمعة[١]» التفصيل بالوجوب مع الخوف والاستحباب مع عدمه. وهو ظاهر «الدروس[٢]». وفي «المسالك[٣] والروضة[٤] والكفاية[٥]» أنّه متّجه. وقد ناقش فيه ـ أي التفصيل ـ في «مجمع البرهان» قال: في وجود صورة الاستحباب تأمّل، إذ الطفل في محلّ التلف مع عدم الكفيل[٦]. وفيه نظر واضح، لأنّه قد يكون ممّن يمكنه الوصول إلى محلّ الحفظ بنفسه مع مشقّة وعسر.

ووجه الوجوب أنّ فيه صيانة النفس عن التلف وفي تركه إتلاف لها، فكان كإطعام المضطرّ وإنجائه من الغرق، وليس عليه فيه ذهاب مال.

ووجه الاستحباب الأصل، ولا معارض له إلّا الأمر بالإعانة على البرّ، وهو الاستحباب، لاستلزام وجوبه الإعانة على كثير من وجوه البرّ ممّا تشهد الضرورة بعدم وجوبها فيه، والتخصيص يوجب كون الخارج أكثر من الداخل، وقد برهن في محلّه أنّه يشترط بقاء ما يقرب من مدلول العامّ، وقد عرفت المعارض له، والتفصيل هو الأشبه. وفي «التذكرة» الإجماع على عدم وجوبه على الأعيان[٧].

[في عدم وجوب الإشهاد على الالتقاط]

قوله: ﴿ولا يجب الإشهاد﴾ عندنا كما في «جامع المقاصد[٨]» وهو

---

(١) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٧ ـ ٢٣٨.

(٢) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٦.

(٣) مسالك الأفهام: في أحكام اللقيط ج ١٢ ص ٤٧٢.

(٤) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ٧٧.

(٥) كفاية الأحكام: في اللقيط ج ٢ ص ٥٢٢.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط اللقطة ج ١٠ ص ٣٩٣.

(٧) تذكرة الفقهاء: في اللقيط ج ٢ ص ٢٧٠ س ١٣.

(٨) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ٩٨.

ولا يلتقط البالغ العاقل.

ولو ازدحم ملتقطان قُدّم السابق،

مذهب الأصحاب كما في «الكفاية» للأصل[١]. ولا ترجيح في «المبسوط[٢]». وفي «الدروس[٣] وجامع المقاصد[٤]» أنّه مستحبّ، لأنّه أقرب إلى حفظ نسبه وحرّيته، فإنّ اللقطة يشيع أمرها بالتعريف ولا تعريف في اللقيط.

قوله: ﴿ولا يلتقط البالغ العاقل﴾ كما هو قضيّة تعريف اللقيط وشرائطه كما تقدّم[٥]. وبه صرّح في «الدروس[٦] وجامع المقاصد[٧]» لأنّه يمتنع بنفسه كالدابّة الممتنعة كذلك، ولامتناع ثبوت الولاية عليه. نعم قالوا[٨]: لو خيف عليه التلف في مهلكة وجب إنقاذه كما يجب إنقاذ الغريق ونحوه.

[في ما لو ازدحم الملتقطان]

قوله: ﴿ولو ازدحم ملتقطان قُدّم السابق﴾ كما في «التذكرة[٩] والتحرير[١٠] وجامع المقاصد[١١]» وهو قضيّة كلام «المبسوط[١٢]» لأنّ الملتقط هو السابق إلى أخذه. وفي الأوّل والأخير أنّه لا يثبت السبق بالوقوف على رأسه من

---

(١) كفاية الأحكام: في اللقيط ج ٢ ص ٥٢٣.

(٢ و١٢) المبسوط: في اللقيط ج ٣ ص ٣٣٨ و٣٤٠.

(٣) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٦.

(٤ و٧ و١١) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ٩٨ ـ ٩٩.

(٥) تقدّم في ص ٤٩٥ ـ ٤٩٩.

(٦) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٣.

(٨) تقدّم في ص ٤٩١.

(٩) تذكرة الفقهاء: في اللقيط ج ٢ ص ٢٧١ س ١٢.

(١٠) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٧.

فإن تساويا ففي تقديم البلدي على القروي والقروي على البدوي والموسر على المعسر وظاهر العدالة على المستور نظر،

غير أخذ، وهو كذلك. وفيهما أنّه لو كان الازدحام قبل أخذه وقال كلّ واحد منهما: أنا آخذه وأحضنه جعله الحاكم في يد مَن يراه منهما أو من غيرهما، إذ لا حقّ لهما قبل الأخذ. وسيأتي إن شاءالله تعالى ما إذا تناولاه تناولاً واحداً دفعةً واحدة وكانا أهلاً للالتقاط معاً.

قوله: ﴿فإن تساويا ففي تقديم البلدي على القروي والقروي على البدوي والموسر على المعسر وظاهر العدالة على المستور نظر﴾ ونحوه ما في «الإيضاح[1] والدروس[2] والحواشي[3]» من التأمّل وعدم الترجيح في الحكم. وفي «الإيضاح[4]» أنّ الأولى القرعة.

وحكم في «التذكرة[5]» بالترجيح لهذه الصفات، قال: إن تساويا في الصفات، فإن ترجّح أحد الملتقطَين بوصفٍ يوجب تخصّصه به دون الآخر وكانا معاً ممّن يثبت لهما جواز الالتقاط أقرّ في يده وانتزع من يد الآخر، والصفات المرجّحة أربع. وجزم بالترجيح بما ذكر هنا، وزاد تقديم الحرّ على العبد والمكاتب وإن كان التقاطه بإذن سيّده، لأنّه في نفسه ناقص، وليست يد المكاتب يد السيّد. ووافقه في «جامع المقاصد» في تقديم المعلوم العدالة على المستور، قال: لأنّ الأحوط اشتراط العدالة، فيكون الترجيح بهذا الاعتبار، قال: وهذا بناءً على القول بعدم اشتراط العدالة

(١ و٤) إيضاح الفوائد: في اللقطة ج ٢ ص ١٣٦.
(٢) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٣ ـ ٧٤.
(٣) لم نعثر عليه.
(٥) تذكرة الفقهاء: في اللقيط ج ٢ ص ٢٧١ س ٢١ و٢٧.

في الملتقط، أمّا على الاشتراط كما يراه المصنّف فلا وجه للنظر في هذا القسم. وقال: وأمّا الباقون فالأصحّ عدم ترجيح أحدهم على مقابله، لأنّ كلّاً منهم أهلٌ للالتقاط، وتأثير واحد من الأوصاف المذكورة في الترجيح غير معلوم، والأصل عدمه[١].

وفي «الشرائع» أنّه لا يرجّح الموسر على المعسر ولا الحاضر على المسافر ولا المسلم على الكافر إذا كان الملقوط كافراً[٢]. وفي «المسالك» أنّه الأظهر[٣]. وفصّل في «المبسوط» فقدّم الأمين على الفاسق. وحكى عن قوم أنّهما إن تساويا في الأمانة يقدّم الأيسر، فإن تساويا في اليسار أُقرع، ولم يرجّح هو. وقدّم القروي على البدوي إن وجداه في قرية أو حضر، قال: وإن وجداه في البادية وكان البدوي ممّن له حلّة مرتّبة فإنّه يقرع بينهما، وإن كان متنقلاً فوجهان، ولم يرجّح[٤].

ونحن نقول: ليس في أخبار الباب[٥] إلّا أنّ اللقيط لا يباع ولا يشترى، وليس فيها تعرّض لما ذكروه في هذا الفصل من تقديم السابق ولا تقديم غيره، بل ليس فيها تعرّض لوجوب التقاطه ولا لاستحبابه، وإنّما أخذوا ذلك من ضوابط وقواعد أُخر، وقالوا: إنّما شرّع الالتقاط لحفظ الطفل، والعقل والاعتبار ومذاق الشريعة تقضي بأنّ كلّ مَن كان أحفظ لنسبه وحرّيته وأقرب إلى وصول قريبه إليه وأشدّ صيانة له وأقوم بأوده وآنس له فإنّه أولى به.

ولا ريب في حصول الترجيح بهذه الصفات، فإنّ البلدي أحفظ لنسبه وحرّيته وأقرب إلى وصوله إلى قريبه وأخذه بمحاسن الشرع وكرم الأخلاق، ثمّ القروي، والغنيّ أقوم بأوده وحسن تربيته، والفقير أشغل ما يكون عنه بفقره واشتغاله بكسبه

(١) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ٩٩ ـ ١٠٠.
(٢) شرائع الإسلام: في أحكام النزاع في اللقيط ج ٣ ص ٢٨٨.
(٣) مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في اللقيط ج ١٢ ص ٤٨٨.
(٤) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤١.
(٥) وسائل الشيعة: ب ٢٢ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٧١.

فإن تساويا أُقرع

لعياله، والعدل محلّ الأمانة وهو أمانة، ولابدّ من الترجيح، للاتّفاق على عدم انتزاعه منهما، لاستلزامه لإسقاط حقٍّ لزمهما ولزم لهما، والتشريك في الحضانة حرج عليهما وعليه مع مفاسد اُخر، والتناوب عليه قاطع لاُنسه مغيّر لاخلاقه موزّع عليه شؤونه، فلا إشكال الترجيح حتّى يحتاج إلى القرعة أو القول بأنّ الأصل عدمه.

فالقول بالترجيح بهذه الصفات وأمثالها هو الراجح، فيقدّم المسلم على الكافر في اللقيط المحكوم بكفره، لأنّه يسدي إليه سعادة الدارين وينجو من الجزية والصغار ويتخلّص من عذاب النار، بل لا ريب في أنّه أولى من الترجيح باليسار، وقد ذكروا في المصير إلى القرعة فيما يأتي توجيهات دون هذه المرجّحات كما ستسمع قريباً. نعم لا تقدّم المرأة على الرجل في الصبيّ، وإن قدّمت الاُمّ على الأب في الحضانة فإنّما ذلك لمكان زيادة الرقّة والشفقة، والظاهر تقديم الاُنثى في الاُنثى على الرجل.

قوله: ﴿فإن تساويا أُقرع﴾ كما في «المبسوط[1] والشرائع[2] والتذكرة[3] والإرشاد[4] والدروس[5] واللمعة[6] وجامع المقاصد[7] والمسالك[8] والروضة[9]

---

(١) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٠.
(٢) شرائع الإسلام: في أحكام النزاع في اللقيط ج ٣ ص ٢٨٧.
(٣) تذكرة الفقهاء: في اللقيط ج ٢ ص ٢٧١ س ٣٢.
(٤) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٢ ولكنّه لم يذكر قيد التساوي وإنّما ذكره مطلقاً.
(٥) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٣.
(٦) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٨، ولكنّه لم يذكر قيد التساوي وانما ذكره مطلقاً.
(٧) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٠.
(٨) مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في اللقيط ج ١٢ ص ٤٨٧.
(٩) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ٨٠.

أو يشتركان في الحضانة.

ومجمع البرهان[١]» لما تقدّم من أنّ اجتماعهما على الحضانة يوجب الإضرار بهما وبالطفل بتوزيع اُموره، ولا يمكن أن يكون عندهما في حالةٍ واحدة، وفي تناوبهما مع ذلك ومهاياتهما قطع الاُلفة، لتبدّل الأيدي واختلاف الأغذية والأخلاق، ولاريب أنّه لا يمكن أن ينتزع من أيديهما، ولا ترجيح لأحدهما لتساويهما، فيقرع بينهما، فمن خرج اسمه كان هو المستحقّ، قال الله عزّ وجلّ: ﴿وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيّهم يكفل مريم﴾[٢] وهو معنى القرعة. والمراد بتساوي الملتقطَين انتفاء المرجّح إمّا باستوائهما في الصفات أو على القول بأنّ شيئاً من الصفات السابقة لا يرجّح به.

قوله: ﴿أو يشتركان في الحضانة﴾ هذا خيرة «التحرير» حيث قال اُلزما معاً، واحتمل القرعة[٣]. وفي «الشرائع» ربّما انقدح الاشتراك[٤]. وفي «الدروس» أنّ التشريك بينهما في الحضانة بعيد[٥]. وفي «التذكرة» أنّ الاجتماع على الحضانة متعسّر أو متعذّر اجتماعاً أو مهاياةً[٦]. وقد يقال[٧]: يرجع إلى نظر الحاكم، فمن رآه أحسن قياماً بأوده جعله في يده. وفيه: أنّه قد يستوي الشخصان في اجتهاده ولاسبيل إلى التوقّف فلابدّ من الرجوع إلى القرعة، وليس لك أن تقول: إنّه يتخيّر، فتدبّر. وقد يقال[٨]: يرجع إلى اختيار الصبيّ إذا كان مميّزاً.

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٢٨.
(٢) آل عمران: ٤٤.
(٣) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٧.
(٤) شرائع الإسلام: في أحكام النزاع في اللقيط ج ٣ ص ٢٨٨.
(٥) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٣.
(٦) تذكرة الفقهاء: في اللقيط ج ٢ ص ٢٧١ س ١٦.
(٧) الحاكي هو العلّامة في التذكرة: في اللقطة عن الشافعيّة ج ٢ ص ٢٧١ س ١٨ ـ ٢٠.
(٨) القائل هو الشافعي نقله عنه العلّامة في التذكرة: في اللقطة ج ٢ ص ٢٧١ س ١٨ ـ ٢٠.

ولو ترك أحدهما للآخر صحّ، سواء كانا موسرين أو أحدهما، حاضرين أو أحدهما، أو كان أحدهما كافراً مع كفر اللقيط.

هذا والشهيد[١] فهم من العبارة أنّ الترديد على طريق التخيير، وقال: إنّ القرعة أولى. ثمّ قال: إنّ بعضهم فهم أنّ قولهم: «ويشتركان» احتمالان. وفي «جامع المقاصد» كأنّ الشارحين فهما أنّه على طريق التخيير فلم يتعرّضا لشرحه[٢]. قلت: قد سمعت كلام الجماعة وأنّه نصّ أو ظاهر في أنّهما احتمالان.

قوله: ﴿ولو ترك أحدهما للآخر صحّ، سواء كانا موسرين أو أحدهما، حاضرين أو أحدهما، أو كان أحدهما كافراً مع كفر اللقيط﴾ قد صرّح في «المبسوط[٣] والشرائع[٤] والتحرير[٥] واللمعة[٦] والمسالك[٧] والروضة[٨] ومجمع البرهان[٩] والتذكرة[١٠] والحواشي[١١] وجامع المقاصد» أنّه يجوز لأحد الملتقطَين دفعة ترك اللقيط للآخر[١٢] وفي الثلاثة الأخيرة أنّ ذلك قبل القرعة لا بعدها كما ستسمع[١٣]. قال في «المبسوط»: لأنّهما ملكا الحضانة بالالتقاط. فإذا

---

(١) الحاشية النجّارية للشهيد: في اللقطة ص ٨٤ س ١٥ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية) والعبارة المنقولة ليست كاملة فيها.

(٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠١. (٣) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٠.

(٤) شرائع الإسلام: في أحكام النزاع في اللقيط ج ٣ ص ٢٨٨.

(٥) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٨. (٦) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٨.

(٧) مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في اللقيط ج ١٢ ص ٤٨٨.

(٨) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ٨٠.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٢٨.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في اللقيط ج ٢ ص ٢٧١ س ٣٣.

(١١) الحاشية النجّارية للشهيد: في اللقطة ص ٨٤ س ١٦ و١٧ (مخطوط في مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية).

(١٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠١.

(١٣) لم يتيسّر لنا الحكم بما حكاه الشارح عن الثلاثة الأخيرة فيما بعد وهم على الظاهر ←

أسقط أحدهما حقّه صار الكلّ للآخر كالشفيعين، ولا يحتاج إلى إذن الحاكم، ألا ترى أنّه لو أُقرع بينهما لما احتيج إلى إذن الحاكم[1]. وقال في «التذكرة»: لو خرجت القرعة لأحدهما ليس له تركه والإخلاد إلى الآخر، لأنّ الحقّ تعيّن فصار كالمنفرد[2]، فتأمّل.

وقضيّة كلام المصنّف أنّه يجوز ترك الموسر للمعسر والحاضر للمسافر والمسلم للكافر مع كفر اللقيط، كما هو قضيّة كلام «المبسوط[3] والشرائع[4] والمسالك[5]» وهو محتمل «التحرير[6]» في الأخير. وكذا «الإرشاد[7]» فيه في مقامٍ آخر. وفي الجميع نظر، أمّا الأوّلان فلأنّه قد تردّد أوّلاً في ترجيح الموسر على المعسر والحاضر على غيره، فعلى احتمال الترجيح كيف يصحّ ترك الموسر للمعسر والحاضر لغيره. نعم على احتمال التساوي قد يستقيم ذلك، مضافاً إلى ما تقدّم لنا. وأمّا الثالث فلما تقدّم أيضاً من أنّه ـ أي المسلم ـ يسوق له في تربيته سعادة الدارين، مضافاً إلى أنّ كلّ مولود يولد على الفطرة[8] فلابدّ من ترجيحه كما في «جامع المقاصد[9]» وكذا

← التذكرة والحواشي وجامع المقاصد. نعم حكى الشارح ﷺ عن التذكرة والخلاف وجامع المقاصد الحكم بالقرعة في مسألة ترجيح دعوى المسلم أو الحرّ على دعوى الكافر، ونقل هناك عن المسالك أنه الأظهر وعن المختلف أنّه المشهور. وكيف كان فلم نجد ما نقله الشارح إلّا في التذكرة ج ٢ ص ٢٧١. مسألة ٥، وفي جامع المقاصد ج ٦ ص ١٠١. نعم في الحواشي النجّارية عبارة يمكن استفادة ذلك منها وهو قوله: والقرعة أولى في حصول المرجحّ ومن عدم النصّ، انتهى. الحواشي النجّارية: ص ٨٤. ومعناها أنه إذا اقرع بينهما فلا يبقى لترك أحدهما للآخر مورد، فتأمّل.

(١ و٣) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: في اللقيط ج ٢ ص ٢٧١ س ٣٢.

(٤) شرائع الإسلام: في أحكام النزاع في اللقيط ج ٣ ص ٢٨٨.

(٥) مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في اللقيط ج ١٢ ص ٤٨٨.

(٦) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٠.

(٧) إرشاد الأذهان: في اللقطة ج ١ ص ٤٤٢.

(٨) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٣٥ رقم ١٨.

(٩) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠١ و١٠٢.

ولا يحكم لأحدهما بوصف العلائم.

ولو تداعيا بُنوّته ولا بيّنة أُقرع، ولا ترجيح بالالتقاط، إذ اليد لاتؤثّر في النسب،

«مجمع البرهان[١]» وقد نفي عنه البأس في «التذكرة[٢]» بعد حكايته عن بعض الشافعيّة.

قوله: ﴿ولا يحكم لأحدهما بوصف العلائم﴾ أي لا يحكم لأحد المتنازعَين في الالتقاط بوصف علائم الصبيّ كما في «الشرائع[٣] والتحرير[٤] وجامع المقاصد[٥] والمسالك[٦]» كالخال في رأسه ونحوه، لأنّه لا أثر لذلك في إثبات الولاية ونفيها كما لا أثر له في إثبات النسب ونفيه لو تنازع اثنان بنوّته ووصف أحدهما العلائم. وخالف في النسب أبو حنيفة[٧]. واحتمل في «التحرير» الحكم به ـ أي وصف العلائم ـ كاللقطة[٨].

[فيما إذا ادّعيا بنوّة اللقيط ولا بيّنة]

قوله: ﴿ولو تداعيا بُنوّته ولا بيّنة أُقرع، ولا ترجيح بالالتقاط، إذ اليد لا تؤثّر في النسب﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «المبسوط[٩] والشرائع[١٠]

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٢٩.
(٢) تذكرة الفقهاء: في اللقيط ج ٢ ص ٢٧١ س ٣١.
(٣) شرائع الإسلام: في أحكام النزاع في اللقيط ج ٣ ص ٢٨٨.
(٤ و٨) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٠.
(٥) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٢.
(٦) مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في اللقيط ج ١٢ ص ٤٨٨.
(٧) بدايع الصنايع: في اللقيط ج٦ ص١٩٩.
(٩) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ص ٣٤٨.
(١٠) شرائع الإسلام: في أحكام النزاع في اللقيط ج ٣ ص ٢٨٨.

والتذكرة[1] والتحرير[2] والإرشاد[3] والدروس[4] واللمعة[5] وجامع المقاصد[6] والمسالك[7] والروضة[8] ومجمع البرهان[9]». قال في «المبسوط»: لا تأثير لليد هنا، لأنّها إنّما يكون لها تأثير فيما يملك، والنسب ليس كذلك. ومعناه أنّ اليد لا تثبت على الأنساب وإنّما تثبت على الأملاك فيحصل الملك باليد كالاصطياد ونحوه، فلابدّ من القرعة، وعند جماعة[10] من العامّة أنّه يعرض على القافة، لكن المصنّف في باب القضاء قال: فلو تداعيا صبيّاً وهو في يد أحدهما لحق بصاحب اليد خاصّة على إشكال[11]. فقد استشكل في أنّ اليد هل ترجّح النسب كما ترجّح الملك. وقيّده ولده[12] و«كاشف اللثام[13]» بما إذا لم يعلم أنّ اليد يد التقاط، قال «كاشف اللثام»: وأمّا يد الالتقاط فلا ترجّحه قطعاً، وظاهره الإجماع.

هذا وقد قال في «الدروس»: فيما إذا لم يعلم كونه لقيطاً ولا صرّح ببنوّته فادّعاه غيره فنازعه، فإن قال هو لقيط وهو ابني فهما سواء، وإن قال هو ابني واقتصر ولم يكن هناك بيّنة على أنّه التقط أنّ الأقرب ترجيح دعواه عملاً بظاهر

---

(١) تذكرة الفقهاء: في اللقيط ج ٢ ص ٢٧٩ س ١٨.
(٢) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٤.
(٣) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٢.
(٤) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٩ ـ ٨٠.
(٥) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٨.
(٦) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٢.
(٧) مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في اللقيط ج ١٢ ص ٤٨٩.
(٨) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ٨١.
(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٢٥ و٤٢٩.
(١٠) منهم النووي في المجموع: في اللقيط ج ١٥ ص ٣٠٦، وابن قدامة في المغني: في اللقيط ج ٦ ص ٣٩٥.
(١١) قواعد الأحكام: في القضاء ج ٣ ص ٤٨٢.
(١٢) إيضاح الفوائد: في القضاء ج ٤ ص ٣٩٩.
(١٣) كشف اللثام: في القضاء ج ١٠ ص ٢٣٥.

وكذا لو أقاما بيّنة، ويحكم للمختصّ بها.

اليد[١]. وفرض المسألة في الكتاب فيما إذا وجد لقيطاً وبقي في يده أيّاماً ولم يدّع أنّه ابنه فجاء آخر وادّعى أنّه ابنه ثمّ ادّعى الملتقط أنّه ابنه، فإن ادّعى في حال لم يكن هناك منازع فقد ثبتت دعواه ولا تسمع دعوى الأجنبي إلّا ببيّنة كما في «المبسوط[٢]» وغيره[٣]. وتتصوّر دعوى بنوّته مع اعترافه بكونه لقيطاً بأن يكون قد سقط منه أو نبذه ثمّ عاد إلى أخذه.

ثمّ عد إلى العبارة قال في «جامع المقاصد»: لو قال: لو تداعى اثنان بنوّته لكان أولى، لأنّه حينئذٍ لا يكون الحكم مقصوراً على الملتقطَين[٤]. قلت: من المعلوم أنّه لم يرد الملتقطَين حتّى يتوهّم قصر الحكم، لقوله «لا ترجيح بالالتقاط» ولإفادته قصر الحكم الّذي هو بديهيّ البطلان. ثمّ إنّه لو قال: لو تداعى اثنان فالأولى أن يقول أحدهما الملتقط كما في «الشرائع[٥]» كما لا يخفى.

قوله: ﴿وكذا لو أقاما بيّنة﴾ أي يقرع بينهما لو أقام كلّ منهما بيّنة ببنوّته وتعارضتا كما صرّح به في الكتب المتقدّمة[٦] عدا الإرشاد ومجمع البرهان، ولا يرجع إلى القافة.

قوله: ﴿ويحكم للمختصّ بها﴾ كما صرّح به في أكثر الكتب المتقدّمة[٧]. ووجهه ظاهر.

---

(١) الدروس الشرعية: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٨٠.
(٢) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٧ ـ ٣٤٨.
(٣) انظر كشف اللثام: في القضاء ج ١٠ ص ٢٣٥. (٤) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٢.
(٥) شرائع الإسلام: في أحكام النزاع في اللقيط ج ٣ ص ٢٨٨.
(٦) تقدّم ذكرها في ص ٥١١ ـ ٥١٢.
(٧) منها المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٨، وتحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٤، ومسالك الأفهام: في أحكام النزاع ج ١٢ ص ٤٨٩.

وفي ترجيح دعوى المسلم أو الحرّ على دعوى الكافر أو العبد نظر.

قوله: ﴿وفي ترجيح دعوى المسلم أو الحرّ على دعوى الكافر أو العبد نظر﴾ كما في «التحرير[1] والإرشاد[2]». وتردّد كما في «الشرائع[3]» وكذا «اللمعة[4]» من عموم الأدلّة الدالّة على جواز ادّعاء النسب لكلّ منهم ومن قوّة جانب المسلم والحرّ، إذ الأصل في اللقيط الإسلام والحرّية، كذا في «جامع المقاصد» ولعلّه يريد عمومات الإقرار بالنسب[5]. وقوّى الشيخ في «المبسوط[6]» ترجيحهما، وكذا فخر الإسلام والشهيدان في «الإيضاح[7] والدروس[8] والروضة[9]» إلّا إذا كان اللقيط محكوماً بكفره أو رقّه. ففي «الدروس» أنّه يتّجه التوقّف[10] أو ترجيح الكافر أو الرقّ. وفي «الروضة[11]» أنّه يشكل الترجيح، وأحد الأمرين قضيّة كلام الفخر[12].

والّذي قال به أو مال إليه المقدّس الأردبيلي[13] ترجيح المسلم والحرّ مطلقاً. وقال أبو عليّ[14]: إنّه يرجّح الحرّ على العبد، فإن قامت البيّنة بأنّه ولد العبد ألحقنا به نسبه وأقررناه على الحريّة إلّا أن تقوم البيّنة أنّه ولد من أمة.

---

(١) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٤.
(٢) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٢.
(٣) شرائع الإسلام: في أحكام النزاع في اللقيط ج ٣ ص ٢٨٨.
(٤) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٨.
(٥) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٣.
(٦) المبسوط: في حكم اللقطة ج ٣ ص ٣٥٠.
(٧ و ١٢) إيضاح الفوائد: في اللقطة ج ٢ ص ١٣٧.
(٨ و ١٠) الدروس الشرعية: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٧٩ ـ ٨٠.
(٩ و ١١) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ٨١ و ٨٢.
(١٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٢٦.
(١٤) حكاه عنه فخر الإسلام في إيضاح الفوائد: في اللقطة ج ٢ ص ١٣٧.

وجزم في «الخلاف[١] والتذكرة[٢]» بعدم ترجيحهما ـ أي المسلم والحرّ ـ والمصير إلى القرعة. وفي «جامع المقاصد» أنّه الظاهر، سواء كان الالتقاط في دار الإسلام أو الكفر[٣]. وفي «المسالك» أنّه الأظهر[٤]. وفي «المختلف» أنّه المشهور[٥]. فليتأمّل في هذه الشهرة، وهو أدرى، ولعلّه أتى بها من قولهم[٦] في باب القضاء: إنّه إذا وطئها اثنان وطئاً مباحاً لشبهة ثمّ أتت بولد فإنّه يقرع بينهما، سواء كانا مسلمَين أو أحدهما أو كافرَين أو أحدهما، وحرّين كانا أو عبدين أو أحدهما. وقد ادّعى «كاشف اللثام» على ذلك الإجماع خلافاً للقطة المبسوط[٧] وبه صحيح الحلبي[٨] بناءً على أنّ المسألتين من سنخ واحد.

وكيف كان، لا ينبغي التأمّل والتردّد إذا حكم بإسلامه وحرّيته لمن اشترط في الملتقط الإسلام والعدالة إذا كان اللقيط محكوماً بإسلامه كالمصنّف في «الكتاب» وغيره[٩] وغيره[١٠] كما يأتي. والولد المتنازع في بنوّته إذا لم تكن الدار دار كفر ليس فيها مسلم يمكن حصوله منه محكوم بإسلامه وحرّيته، فلا أقلّ من أن تكون البنوّة كالحضانة والولاية في اللقيط، لأنّ حفظ الإسلام الظاهري مطلوب عقلاً

---

(١) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٩٦ المسألة ٢٥.
(٢) تذكرة الفقهاء: في حكم اللقيط ج ٢ ص ٢٨٠ س ٢١ ـ ٢٥.
(٣) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٣.
(٤) مسالك الأفهام: في أحكام النزاع في اللقيط ج ١٢ ص ٤٩٠.
(٥) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٧.
(٦) منهم الفاضل الهندي في كشف اللثام: في القضاء ج ١٠ ص ٢٣٤ ـ ٢٣٥، والعلّامة في قواعد الأحكام: في الدعاوى المتعارضة ج ٣ ص ٤٨٢، والمحقّق في شرائع الإسلام: في القضاء ج ٤ ص ١٢٢.
(٧) كشف اللثام: في القضاء ج ١٠ ص ٢٣٤.
(٨) وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب ميراث ولد الملاعنة وما أشبهه ح ١ ج ١٧ ص ٥٧١.
(٩) كتحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٠.
(١٠) كالتنقيح الرائع: في اللقيط ج ٤ ص ١٠٦.

وشرعاً فيغلب جانبه، وكذلك الحرّية فإنّ الحرّ أقوى على الحفظ لمكان الاستيثار وأبعد عن العار، والكافر قد يفتنه عن الإسلام ويجعله كافراً مستحقّاً للنار والجزية والصغار، فينبغي حفظه عن ذلك، بل يجب وإن كان الولد محكوماً بكفره. وكذلك الحال في الرقّية، فكونهما سببين في الترجيح أمرٌ واضح.

وعساك تقول: إنّا نقرع بينهما فإذا خرجت القرعة بأنّه ولد الكافر يحكم ببنوّته له وإسلامه، لأنّه أقرّ بما له وعليه، فلا يقبل فيما له وهو الإسلام ويقبل فيما عليه وهو النسب كما قاله الشيخ في «المبسوط [1]» والمصنّف [2] وغيرهما [3]، كما يأتي فيما إذا ادّعى الذمّي نسب اللقيط ولا بيّنة معه، وكما سمعته عن أبي عليّ في دعوى العبد، لأنّا نقول: إنّ خوف الفتنة باقٍ ولنا عنها مندوحة بترجيح المسلم إلّا أن تقول إنّه يفرّق بينه وبينه كما يأتي [4] مثله. وكذلك خوف العار في العبد وعدم التمكّن من التربية، على أنّ الحكم بإسلامه هنا وحرّيته وكفر أحد أبويه أو رقّيّته ممّا لا يجتمعان بحسب الأُصول والضوابط، لأنّ الحكم بإسلامه يقضي بالحكم بإسلامهما، لأنّ الأصل عدم جلب الكافر والرقّ لبلاد الإسلام، لأنّهما مجلوبان، وإذا حكم بإسلامهما لم يحكم بكفر أحدهما وإلّا لزم المنافاة.

قال في «الإيضاح»: إذا التقط في دار الإسلام يقدّم المسلم والحرّ، لأنّا حكمنا بإسلامه وبحرّيته، وذلك مستلزم للحكم بإسلام أحد أبويه وبحرّيته، لأنّ تبعيّة الدار إنّما هي بواسطة تبعية النسب، لأنّ المولود من كافرَين لا يتبع الدار في الإسلام، بل إنّما يتبع الدار مجهول النسب، فلابدّ وأن يحكم بإسلام أحد أبويه، لكن نسبة

---

(١) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٩.

(٢) سيأتي في ص ٥٨٥ ـ ٥٨٦.

(٣) راجع المختلف: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٨.

(٤) سيأتي في ص ٥٣٦ ـ ٥٣٨.

ولو انفردت دعوى البُنوّة حُكم بها من غير بيّنة، حرّاً كان المدّعي للبُنوّة أو عبداً، مسلماً أو كافراً.

الأمّ والأب في هذا الحكم واحدة فيحكم بإسلامهما، وإلّا لزم الترجيح بلا مرجّح. ولأنّا نحكم بوجودهما في دار الإسلام وتولّده فيها وبحرّيتهما، لأنّ الكافر والرقّ مجلوبان إليها، والأصل عدم الجلب. وإذا حكم الشارع بإسلام أبويه لم يحكم بكفر أحدهما فلا يلحقه بالكافر لمنافاة الحكم بالإسلام. وكذا في الرقّ، ولأنّ المسلم يركن إليه في النسب، ولهذا تُقبل دعواه مع عدم المعارض من غير بيّنة، والكافر لا يركن إليه في شيء لقوله تعالى: ﴿ولا تركنوا إلى الّذين ظلموا فتمسّكم النار﴾[1] نهى عن إدخال ماهيّة الركون في الوجود فيعمّ أي النهي، ولأنّه علّق إمساس النار بمجرّد الركون مطلقاً، ولمّا كان المحكوم بأُبوّته مركوناً إليه ترجّح المسلم على الكافر[2]، انتهى. وفي بعض ما ذكره تأمّل كما ستسمع.

[فيما لو انفردت دعوى البنوّة]

قوله: ﴿ولو انفردت دعوى البُنوّة حُكم بها من غير بيّنة، حرّاً كان المدّعي للبُنوّة أو عبداً مسلماً أو كافراً﴾ كما في «المبسوط[3] والشرائع[4] والتحرير[5] والإرشاد[6] والمسالك[7]» وكذا «الدروس[8] والإيضاح[9] وجامع المقاصد[10]»

---

(١) هود: ١١٣.

(٢ و ٩) إيضاح الفوائد: في اللقطة ج ٢ ص ١٣٧.

(٣) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٧ و ٣٥٠.

(٤) شرائع الإسلام: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٢٨٧.

(٥) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٤.

(٦) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقيط ج ١ ص ٤٤١.

(٧) مسالك الأفهام: في أحكام اللقيط ج ١٢ ص ٤٨٥.

(٨) انظر الدروس الشرعية: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٧٩.

(١٠) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٣ ـ ١٠٤.

والمراد ـ كما صرّحوا به ـ إذا كان المدّعي أباً. وفي الأخيرين الإجماع عليه، بل في الأخير الإجماع عليه في باب الإقرار أيضاً. ولم نقف فيه على خلاف ولا تأمّل إلّا من المقدّس الأردبيلي [١]، بل قد يظهر من «التذكرة» الإجماع [٢] أيضاً.

قال في «المبسوط» في توجيه ذلك: لأنّه أقرّ بمجهول النسب وأمكن أن يكون منه ومَن كان كذلك قبل إقراره، لأنّ إقراره لا يضرّ بغيره، ولا يخالف الظاهر فيحكم له به، ويستحبّ أن يذكر النسب فيقول: هذا ابني على فراشي، لأنّه ربّما يعتقد هذا الملتقط أنّه بالالتقاط يصير ابنه وإن لم يذكر جاز ويثبت النسب ويرث ويورّث [٣]، انتهى. ونحوه ما في التذكرة وغيرها [٤]. قال في «التذكرة» كلّ صبيّ مجهول النسب سواء كان لقيطاً أو لا إذا ادّعى بنوّته حرّ مسلم لحق به، لأنّه أقرّ بنسب مجهول النسب، وليس في إقراره إضرار بغيره، لأنّه إذا أقرّ بنسب عبد غيره لم يقبل إقراره، لأنّه يضرّ به... إلى آخر ما قال في العبد والكافر [٥].

وفي «مجمع البرهان» أنّ الكبرى غير بديهيّة ولا مبرهناً عليها، ولا نعرف دعوى الإجماع إلّا من جامع المقاصد. قلت: كأنّه لم يلحظ الإيضاح. وقال: يمكن أن يكون مع الحرّية ضرر على اللقيط كما إذا كان ذا مال، والمدّعي فقير الحال، فيأخذ من ماله وينفق على نفسه [٦]. قلت: كأنّهم لم يلتفتوا إلى هذا الضرر النادر الوقوع، على أنّهم قد صرّحوا بأنّ أمر النسب مبنيّ على التغليب، ولهذا تسمع بيّنته بمجرّد الإمكان بالنسبة إلى الولد حتى أنّه لو قتله ثمّ ادّعى بنوّته قبل استلحاقه وحكم بسقوط القصاص.

هذا وقال بعض العامّة [٧]: لا يلحق بالكافر والعبد، لأنّه محكوم بإسلامه وحرّيته،

(١ و٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٢٥ ـ ٤٢٦.
(٢ و٥) تذكرة الفقهاء: في اللقيط ج ٢ ص ٢٧٧ س ٣٨ و٣٣.
(٣) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٧.
(٤) كمسالك الأفهام: في أحكام اللقيط ج ١٢ ص ٤٨٣.
(٧) المغني لابن قدامة: في اللقيط ج ٦ ص ٣٩٢.

ولا يُحكم برقّه ولا كفره إذا وجد في دارنا، إلّا مع بيّنة البُنوّة.

فلا يقبل ممّن يقتضي إقراره خلاف ذلك. وردّ[١] بأنّه يلحق به في النسب خاصّة لا في الدين، بل يحكم بحرّيته وإسلامه ولا تثبت لهما عليه حضانة كما يأتي. وظاهرهم أنّه يلزم بنفقته. وأمّا العبد فقد صرّحوا أنّ نفقة اللقيط لو ادّعاه على بيت المال.

[فيما لو وجد اللقيط في دارالإسلام]

قوله: ﴿ولا يُحكم برقّه ولا كفره إذا وجد في دارنا، إلّا مع بيّنة البُنوّة﴾ كما في «المبسوط[٢] والتحرير[٣]» لأنّ البيّنة أقوى من تبعيّة الدار. وفي «الشرائع[٤]» أنّ الأولى أن لا يحكم بكفره وإن أقام الكافر البيّنة. ولا ترجيح في «التذكرة[٥]». وفي «الدروس» في ثبوت كفره بذينك ـ أي البيّنة وانفراد دعواه ـ أوجه ثالثها قول المبسوط[٦]، ولم نجد الوجه الآخر مصرّحاً به في غير المسالك حيث احتمل تبعيّته للكافر في الكفر تبعاً للنسب لتلازمهما[٧]، نعم هو احتمال أو قول للشافعي[٨]. وفي «مجمع البرهان[٩]» في الإلحاق بالكافر مع عدم القول بالكفر إشكال.

وفصّل في «جامع المقاصد» فقال: القائل بثبوت كفره مع البيّنة إن أراد أنّه إذا علمت اُمومة الكافر له بالبيّنة أيضاً وكذا علم كفر أجداده كذلك يكون كافراً لضعف

---

(١) الرادّ هو العلّامة في تذكرة الفقهاء: في اللقيط ج ٢ ص ٢٧٧ س ٤٢.
(٢) انظر المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٩.
(٣) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٤.
(٤) شرائع الإسلام: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٢٨٧.
(٥) تذكرة الفقهاء: في حكم اللقيط ج ٢ ص ٢٨٠ س ٢٥ ـ ٢٨.
(٦) الدروس الشرعية: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٧٨.
(٧) مسالك الأفهام: في أحكام اللقيط ج ١٢ ص ٤٨٥.
(٨) المجموع: في اللقيط ج ١٥ ص ٣٠١ ـ ٣٠٢.
(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٢٦.

والأقرب افتقار الاُمّ إلى البيّنة أو التصديق بعد بلوغه.

الإسلام بتبعيّة الدار، فهو صحيح لا مرية فيه[١]. قلت: قد يكون وطئها المسلم بشبهة أو متعة قبل أن يتزوّجها الكافر بساعة فكيف لا يكون فيه شبهة؟ وستسمع قولهم في لقيط دار الكفر إذا احتمل أن يكون من مسلم. قال: وإن كان مراده ثبوت كفره وإن لم يثبت ذلك ـ يعني كفر اُمّه وأجداده ـ فلا ينتفي ما ثبت بمجرّد الاحتمال، يعني أنّه قد ثبت إسلامه بتبعيّة الدار، وثبوت بنوّته للكافر لا تنافي إسلامه، لإمكان إسلام اُمّه أو أحد أجداده. قلت: القائل بذلك يقول قد ثبت بالبيّنة أنّه ولد كافر فهي حجّة أقوى من التبعيّة، فلا ينتفي ما ثبت بالحجّة بمجرّد احتمال إسلام اُمّه أو أحد أجداده، إذ هذا ونحوه معنى تبعيّة الدار فتأمّل. قال وكذلك القول في الرقيّة إذا ادّعاه رقيق وأقام بذلك بيّنة، أمّا لو لم يقم بواحد من الأمرين بيّنة فهو على إسلامه وحرّيته وإن أثبتنا النسب على أصحّ القولين، لأنّ الإلحاق بمجرّد قول الأب لا يجب قبوله في حقّ الولد فيما يكون ضرراً له[٢]، انتهى فتأمّل.

[فيما إذا ادّعت المرأة ببنوّة اللقيط]

قوله: ﴿والأقرب افتقار الاُمّ إلى البيّنة أو التصديق بعد بلوغه﴾ افتقارها إلى البيّنة بمعنى أنّه لا يلحق بها ولا تسمع دعواها إلّا بالبيّنة خيرة «الشرائع[٣]» على تأمّل له فيه و«التذكرة[٤] والتحرير[٥] والمختلف[٦] والمسالك[٧]» وإقرار

(١ و٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٣.

(٣) شرائع الإسلام: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٢٨٧.

(٤) تذكرة الفقهاء: في حكم اللقيط ج ٢ ص ٢٧٨ س ١٦ وص ٢٨٠ س ٦.

(٥) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٤.

(٦) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ١١٠.

(٧) مسالك الأفهام: في أحكام اللقيط ج ١٢ ص ٤٨٥.

«الروضة[١]» وموضعين من «الإيضاح[٢] وجامع المقاصد[٣]» وفي إقرار «الكتاب» أنّ فيه نظراً[٤].

وفي «المبسوط[٥] والخلاف[٦]» يقبل دعواها كالأب. وهو خيرة «مجمع البرهان[٧]» وقضيّة إطلاق إقرار «السرائر[٨] والشرائع[٩] والنافع[١٠] والتذكرة[١١] والإرشاد[١٢] والتحرير[١٣] واللمعة[١٤]» وغيرها[١٥] بل ظاهر «الخلاف[١٦]» الإجماع على ذلك. ومعناه أنّه يلحق بها وبأقاربها كما إذا أقرّ به الأب، ولا يلحق بزوجها كما إذا أقرّ الزوج به فإنّه لا يلحق بها كما في «المبسوط[١٧]» وغيره[١٨].

وقد استدلّ على الحكم في «الخلاف[١٩]» بعموم: إقرار العقلاء. قلت: قد يستدلّ[٢٠] عليه بالصحيحين[٢١] عن المرأة تسبى من أرضها ومعها الولد الصغير

---

(١) الروضة البهية: في الإقرار ج ٦ ص ٤٢٤.
(٢) إيضاح الفوائد: في اللقطة ج ٢ ص ١٣٧، وفي الإقرار ج ٢ ص ٤٦٤.
(٣) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٤. (٤) قواعد الأحكام: في الإقرار ج ٢ ص ٤٣٧.
(٥ و١٧) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٥٠.
(٦ و١٦ و١٩) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٩٧ مسألة ٢٦.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٢٦.
(٨) السرائر: في الإقرار ج ٢ ص ٥١٤. (٩) شرائع الإسلام: في الإقرار ج ٣ ص ١٥٧.
(١٠) المختصر النافع: في الإقرار ص ٢٣٤.
(١١) تذكرة الفقهاء: في الإقرار ج ٢ ص ١٧٠ س ١٣ ـ ١٩.
(١٢) إرشاد الأذهان: في الإقرار ج ١ ص ٤١١.
(١٣) تحرير الأحكام: في الإقرار بالنسب ج ٤ ص ٤٥٤.
(١٤) اللمعة الدمشقية: في الإقرار ص ٢٣٢.
(١٥) كرياض المسائل: في الإقرار بالنسب ج ١١ ص ٤٣٢ ـ ٤٣٣.
(١٨) كمسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٤٨٥.
(٢٠) كما في الرياض: في الإقرار ج ١١ ص ٤٣٢ ـ ٤٣٣، والمسالك: في ميراث الحمل ج ١٣ ص ٢٦٤ ـ ٢٦٥.
(٢١) الظاهر أنّ المراد من الصحيحين المشار إليهما في الشرح رواية عبدالرحمن بن الحجّاج ←

فتقول هو ابني، والرجل يسبى فيلقى أخاه فيقول أخي، وليس لهما على ذلك بيّنة إلّا قولهم، فقال: ما يقول الناس فيه عندكم؟ قلت: لا يورّثونهم، لأنّهم لم يكن لهم على ذلك بيّنة إنّما هي ولادة الشرك. فقال: سبحان الله! إذا جاءت بابنها أو بنتها ولم تزل مقرّة، وإذا عرف أخاه وكان ذلك في صحّة منهما ولم يزالا مقرّين ورث بعضهم من بعض.

ولعلّ المحقّق في «الشرائع» ومَن وافقه هنا يعملان بهما في موردهما، وهو ما إذا كانا ـ أي الأمّ والأخ ـ مسبيّين لا مطلقاً كما يستفاد من قوله عليه السلام «سبحان الله» الّذي هو في حكم العلّة المنصوصة، لأنّه لا يذهب إلى حجّيتها إلّا إذا كان برهاناً نظراً إلى أنّ النصوص الأُخر مختصّة بالرجل فلا تتناول المرأة، ولا يسلّمون اتّحاد طريقهما لإمكان إقامتها البيّنة على الولادة دونه، كما لو علّق الظهار على ولادتها أو دخول الدار فإنّه لا يقبل قولها فيهما بدون البيّنة، ولا كذلك الحيض، ولأنّ ثبوت نسب

← الّذي رواه في الكافي تارةً عن عليّ بن إبراهيم عن أبيه عن الفضل بن شاذان عن ابن أبي عمير وصفوان بن يحيى جميعاً عن عبدالرحمن بن الحجّاج، وأُخرى عن محمّدبن إسماعيل عن الفضل ... إلخ، وثالثة عن محمّد بن يحيى عن أحمد بن محمّد وعدّة من أصحابنا عن سهل بن زياد عن الحسن بن محبوب عن عبدالرحمن بن الحجّاج عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الحميل فقال: وأيّ شيء الحميل؟ قلت: المرأة تسبى من أرضها إلى آخر ما نقله الشارح. أمّا السند الأوّل فليس بصحيح عند القوم لمكان إبراهيم بن هاشم المعروف بينهم بل هو حسن حسب اصطلاحهم، وأمّا السند الثاني فأيضاً ليس بصحيح إلّا إذا كان الراوي هو محمّد بن إسماعيل بن البزيع أو البرمكي أو الزعفراني، وأمّا لو كان غيرهم فليس بصحيح بل هو إمّا ضعيف أو حسن، وذلك لأنّ محمّد بن إسماعيل هنا مردّد بين جماعة موثّقين عندهم منهم ابن البزيع المعروف بالوثاقة وبين جماعة مجهولين لم يذكروا بمدح ولا ذمّ ولا غيرهما. وأمّا السند الثالث فهو صحيح إذا كان الكليني هو الراوي عن محمّد بن يحيى، وأمّا لو لم يكن هو الراوي عنه بل كان هو راوياً عن عليّ بن إبراهيم عن أبيه عن محمّد بن يحيى كما وقع ذلك منه في موارد فلم تكن الرواية حينئذٍ بصحيحة عندهم على القطع، فراجع وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب ميراث ولد الملاعنة وما أشبهه ح ١ ج ١٧ ص ٥٦٩.

ولو كان اللقيط مملوكاً وجب إيصاله إلى مالكه أو وكيله،

غير المعلوم على خلاف الأصل فيقتصر على القدر المتيقّن من النصّ والفتوى.

قلت: الأخبار المصرّح فيها بالرجل خبران أحدهما قويّ[1] والآخر مرسل[2] على أنّ الرجل في المرسل وقع في السؤال، نعم في القويّ: «إذا أقرّ الرجل بالولد ساعة لم ينتف عنه أبداً» والصحيحان يخرجان عن الأصل ـ مع عمل الشيخ بمضمونهما وغيره ـ وإطلاق الفتوى من جماعة كثيرين مع ظهور دعوى الإجماع من الخلاف، فكان قول الشيخ قويّاً، وليس بتلك المكانة من الضعف كما قال في «جامع المقاصد[3]».

وهذا الخلاف بالإضافة إلى النسب المطلق، وأمّا بالإضافة إلى ما يتعلّق بالمال والنسب من جهتها فيثبته الإقرار، ولعلّه لا خلاف فيه.

[في وجوب إيصال اللقيط المملوك إلى مالكه]

قوله: ﴿ولو كان اللقيط مملوكاً وجب إيصاله إلى مالكه أو وكيله﴾ كما في «الشرائع[4] والتحرير[5] والتبصرة[6] والدروس[7] واللمعة[8] والروضة[9]» ولا فرق بين الذكر والاُنثى والصغير والكبير كما في «الشرائع[10] والتحرير[11]».

(١ و٢) وسائل الشيعة: ب٦ من أبواب ميراث ولد الملاعنة وما أشبهه ح ٤ و٣ ج١٧ ص ٥٦٥ و ٥٦٤.

(٣) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٤.

(٤ و١٠) شرائع الإسلام: في اللقيط ج ٣ ص ٢٨٣.

(٥ و١١) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٧.

(٦) تبصرة المتعلّمين: في اللقطة ص ١٠٦.

(٧) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٤.

(٨) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٧.

(٩) الروضة البهية: في اللقيط ج ٧ ص ٦٧.

فإن أبق أو ضاع من غير تفريط فلا ضمان، ويصدّق في عدم التفريط مع اليمين. ويبيعه في النفقة بالإذن مع تعذّر استيفائها.

ويمكن العلم برقّيّته بأن يراه يباع في الأسواق مراراً قبل أن يضيع ولا يعلم مالكه، لا بالقرائن من اللون وغيره لأصالة الحرّية.

قوله: ﴿فإن أبق أو ضاع من غير تفريط فلا ضمان﴾ كما صرّح به في الكتب المتقدّمة [1] و«النهاية [2]» للإذن في قبضه شرعاً فيكون أمانة.

قوله: ﴿ويصدّق في عدم التفريط مع اليمين﴾ لأنّه أمين. وبه صرّح في «الشرائع [3] والتحرير [4]» ويصدّق في القيمة مع التفريط كما في الأخير.

[في جواز بيع اللقيط المملوك للنفقة عليه]

قوله: ﴿ويبيعه في النفقة بالإذن مع تعذّر استيفائها﴾ كما في «الشرائع [5] والإرشاد [6] والتحرير [7] والدروس [8] وجامع المقاصد [9] والمسالك [10]

---

(١) كشرائع الإسلام: في اللقيط ج ٣ ص ٢٨٣، وتحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٧، وتبصرة المتعلّمين: في اللقطة ص ١٠٦، والدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٤، واللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٧، والروضة البهية: في اللقيط ج ٧ ص ٦٨.

(٢) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٣.

(٣) شرائع الإسلام: في اللقيط ج ٣ ص ٢٨٣.

(٤) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٧.

(٥) شرائع الإسلام: في اللقيط ج ٣ ص ٢٨٣.

(٦) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤١.

(٧) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٧.

(٨) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٥.

(٩) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٤.

(١٠) مسالك الأفهام: في اللقيط ج ١٢ ص ٤٦٤.

ومجمع البرهان[1] والكفاية[2]» من دون تعرّض للإذن في الأوّلين، وعبارة «التحرير والدروس» قابلة للتقييد حيث قالا: بيع، ولم يقولا: باعه كالأوّلين. وقد يظهر من آخر كلام «الدروس» أنّ الحاكم هو الّذي يبيعه[3]. وأمّا البقيّة[4] عدا «مجمع البرهان» فقد اشترط فيها الإذن في النفقة والبيع معاً، ولم يشترطه في واحدٍ منهما في مجمع البرهان. ومرادهم أنّه إذا أنفق الملتقط على اللقيط بنيّة الرجوع مع الإذن أو بدونها على اختلافهم في التقييد إلى أن استغرق قيمته وتعذّر استيفاؤها ـ إمّا لعدم الوصول إلى المالك أو عدم الظفر بماله أو لكونه لا مال له سوى العبد ـ فإنّ للملتقط أن يبيعه في النفقة بالإذن من المالك مع إمكانه، فإن تعذّر أو لم يأذن فبإذن الحاكم على الاختلاف في القيد أيضاً. ولو تعذّر ـ أي الحاكم ـ فهو كالدّين الّذي امتنع مَن هو عليه من أدائه.

قال في «جامع المقاصد»: فقول المصنّف «بالإذن» قد تنازعه كلّ من قوله «يبيعه» وقوله «في النفقة»[5]. قلت: الظاهر أنّه قيد للبيع خاصّة كما هو صريح جماعة[6] إذ النفقة عليه لا تحتاج إلى الإذن من الحاكم بل يكفي فيها نيّة الرجوع. ويدلّ عليه ـ أي على جواز البيع والنفقة بنفسه من دون مراجعة الحاكم أو تعذّره ـ صحيحة عليّ بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن اللقطة إذا كانت جارية هل يحلّ فرجها لمن التقطها؟ قال: لا، إنّما يحلّ له بيعها بما أنفق عليها[7]. بل تدلّ

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٢٠.
(٢) كفاية الأحكام: في اللقطة ص ٢٣٤ س ٢٥.
(٣) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٥.
(٤) كجامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٤، ومسالك الأفهام: في اللقيط ج ١٢ ص ٤٦٤.
(٥) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٤.
(٦) لم نعثر على واحد ممّن صرّح بذلك فضلاً عن جماعة.
(٧) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ٨ ج ١٧ ص ٣٥١.

فإن اعترف المولى بعتقه فالوجه القبول،

على جواز بيع الكلّ بما أنفقه وإن لم يستغرقه، فيكون الزائد لقطة أو أمانة كما يأتي بيانه[١] إن شاء الله تعالى.

وفي «المسالك[٢]» وكذا «الكفاية[٣]» حيث قال: قالوا: إنّه لو أمكن أن يبيعه تدريجاً وجب مقدّماً على بيعه جملة، وحينئذٍ لا يمكن إنفاق الجزء الأخير في النفقة، لصيرورته حينئذٍ ملكاً لغيره بل يحفظ ثمنه للمالك الأوّل. وعلى ذلك نبّه في «جامع المقاصد[٤]» والصحيحة عامّة، لأنّ «ما» موصولة، على أنّ في الإطلاق في حلّيّة البيع والإنفاق بلاغاً. ومثلها إطلاق «الشرائع[٥] والإرشاد[٦]» فتأمّل جيّداً. ولا يخفى ما في قوله في الكفاية «قالوا» إذ القائل قبله اثنان لا ثالث لهما.

واحتمل في «جامع المقاصد» في عبارة الكتاب أن يكون المراد أنّ الملتقط يبيع العبد للإنفاق عليه إذا تعذّر تحصيل ما ينفق عليه منه، قال: وحينئذٍ يجب أن تنزّل على بيعه شيئاً فشيئاً إلى أن يستوعبه ... إلى آخر ما قال[٧]. قلت: يدفع هذا الاحتمال قوله «استيفائها» وقوله بعد هذا «فإن اعترف المولى بعتقه ... إلى آخره» فإنّ المراد به بيعه بعد الانفاق، وهو ينفي هذا الاحتمال كما سيتضّح لك.

[فيما لو اعترف المولى بعتق اللقيط]

قوله: ﴿فإن اعترف المولى بعتقه فالوجه القبول﴾ كما في «الإيضاح[٨]

---

(١) سيأتي في صفحات ٦٧٩ ـ ٦٧٦ و٧٧٥ ـ ٧٧٧ و٧٨٣ ـ ٧٨٧.

(٢) مسالك الأفهام: في اللقيط ج ١٢ ص ٤٦٤. (٣) كفاية الأحكام: في اللقيط ج ٢ ص ٥٢٣.

(٤ و٧) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٤ ـ ١٠٥.

(٥) شرائع الإسلام: في اللقيط ج ٣ ص ٢٨٣.

(٦) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤١.

(٨) إيضاح الفوائد: في اللقطة ج ٢ ص ١٣٨.

فيرجع الملتقط عليه بما أنفق إن كان العتق بعده قبل البيع.

وجامع المقاصد[١]» بل في الأخير أنّ عليه الفتوى، ومعناه أنّ مولاه اعترف بعتقه، وقد أنفق الملتقط عليه واستحقّ بيعه في النفقة بشرائطه.

فوجه القبول حينئذٍ أنّ إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، ولم يوجد ما ينافي هذا الإقرار، والعتق مبنيّ على التغليب، فانقطع أصل البقاء على الرقّية، مضافاً إلى أنّ الأصل في اللقيط الحرّية، فتأمّل في الأخير وإن استند إليه في «الإيضاح[٢]».

ووجه العدم أنّ حقّ الغير تعلّق به، وضعّف بأنّ حقّ الغير لم يتعلّق به، بل بذمّة مولاه، واستحقاق بيعه إنّما هو على تقدير رقّيّته كما تباع سائر أموال المديون لاستيفاء ما عليه، ولا حِجر عليه في الإقرار.

وهذا يقضي بأنّ المراد بيعه بعد الإنفاق، فينتفي الاحتمال السابق آنفاً.

وفي «التحرير» لو باعه الحاكم لمصلحة فاعترف السيّد بعتقه قبل البيع لم يقبل[٣]. وفي «المبسوط» أنّه يقبل، لأنّه غير متّهم، إذ يقول: لا اُريد الثمن[٤]. ولم يرجّح في «الدروس[٥]». وعلى التقديرين ليس له المطالبة بثمنه إلّا أن ينكر العتق بعد ذلك.

قوله: ﴿فيرجع الملتقط عليه بما أنفق إن كان العتق بعده قبل البيع﴾ ضمير «عليه» راجع إلى المولى وضمير «بعده» راجع إلى الإنفاق، لأنّه إن كان العتق قبل الإنفاق كان الإنفاق على حرّ فالرجوع عليه، وإن كان العتق بعد

---

(١) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٥.
(٢) إيضاح الفوائد: في اللقطة ج ٢ ص ١٣٨.
(٣) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٨.
(٤) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٨.
(٥) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٥.

ولو كان بالغاً أو مراهقاً فالأقرب المنع من أخذه، لأنّه كالضالّة الممتنعة،

البيع فلا أثر له، لصيرورته ملكاً للغير، على أنّ العتق بعد البيع لا يتصوّر ولا يعدّ عتقاً. ثمّ إنّه لم يُعلم من العبارة متى يُقبل اعترافه ومتى لم يُقبل، فلو قال: إن كان الاعتراف بعد الإنفاق قُبل البيع لكان أسدّ.

وتوضيح الحال كما في «جامع المقاصد» أنّ احتمال عدم القبول إنّما يجيء على تقدير كون الاعتراف بعد الإنفاق، أمّا قبله فيُقبل قطعاً. وكذا يشترط كونه قبل البيع، إذ هو بعده إقرار في حقّ الغير فلا يُقبل بدون البيّنة وإن أسنده إلى ما قبل البيع. ولو قال بعد الإنفاق: كنت أعتقته قبل الإنفاق فالظاهر عدم القبول، لاستلزامه إسقاط النفقة الّتي قد ثبت تعلّقها بذمّته وإثباتها في ذمّة اللقيط فلابدّ له من البيّنة أو تصديق الملتقط واللقيط[1].

[حكم التقاط المملوك البالغ والمراهق]

قوله: ﴿ولو كان بالغاً أو مراهقاً فالأقرب المنع من أخذه، لأنّه كالضالّة الممتنعة﴾ كما في «المبسوط[2] والإيضاح[3] واللمعة[4] والروضة[5]» لما ذكر من العلّة. وفي «التحرير» لو كان اللقيط مملوكاً وجب حفظه وإيصاله إلى

---

(١) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٦.

(٢) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٨.

(٣) إيضاح الفوائد: في اللقطة ج ٢ ص ١٣٨.

(٤) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٧.

(٥) الروضة البهية: في اللقيط ج ٧ ص ٦٨.

وإن كان صغيراً كان له التملّك بعد التعريف.

مالكه صغيراً كان أو كبيراً ذكراً كان أو اُنثى[١]. ونحوه ما في «الشرائع[٢]» ثمّ حكى في «التحرير» عن الشيخ عدم جواز أخذ البالغ والمراهق[٣]. ولا ترجيح في «الدروس[٤]». وفي «جامع المقاصد» أنّ الحقّ أنّه إن كان مخوف التلف أخذ. والفرق بينه وبين الحرّ ظاهر فإنّ المملوك لكونه مالاً مظنّة الطمع[٥]. قلت: لأنّه لايخرج بالبلوغ عن الماليّة، والحرّ إنّما يحفظ من التلف، والقصد من لقطته حضانته وحفظه فيختصّ بالصغير ومن ثمّ قيل[٦]: إنّ المميّز لا يجوز التقاطه، والقصد من التقاط المملوك المخوف التلف ولو بالإباق دفع ضرورة المضطرّ والمعاونة على البرّ وأقلّ مراتبه الجواز، فينبغي القطع بجواز أخذه كما في «الروضة[٧]» وقالوا في وجه الجواز مطلقاً: إنّه مال ضائع يخشى تلفه، فتأمّل.

قوله: ﴿وإن كان صغيراً كان له التملّك بعد التعريف﴾ كما في «المبسوط» فيما حكي[٨] و«جامع المقاصد[٩]». وفي «المسالك[١٠] والروضة[١١]» أنّ في قول الشيخ قوّة. قلت: لأنّه مالٌ ضائع قد التقطه شرعاً، وكلّ ما كان كذلك جاز تملّكه بعد تعريفه سنة. ولا فرق في ذلك بين الذكر والاُنثى.

(١ و٣) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٧ ـ ٤٤٨.
(٢) شرائع الإسلام: في اللقيط ج ٣ ص ٢٨٣.
(٤) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٤.
(٥ و٩) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٦.
(٦) القائل هو المحقّق في جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ٩٧.
(٧ و١١) الروضة البهية: في اللقيط ج ٧ ص ٦٩ و٦٨.
(٨) الحاكي عنه هو الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في اللقيط ج ١٢ ص ٤٦٣، وراجع المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٨.
(١٠) مسالك الأفهام: في اللقيط ج ١٢ ص ٤٦٣.

ووِلاية الالتقاط لكلّ حرٍّ بالغٍ عاقلٍ مسلمٍ عدل،

وصريح «الدروس[١]» وظاهر «التبصرة[٢] واللمعة[٣]» المنع من ذلك. ولا ترجيح في «المسالك[٤] والكفاية[٥] والمفاتيح[٦]» وقال في «التحرير»: ويجوز أخذ الآبق لمن وجده، فإن وجد صاحبه دفعه إليه ولو لم يجد سيّده دفعه إلى الإمام أو نائبه فيحفظه لسيّده أو يبيعه مع المصلحة، وليس للملتقط بيعه ولا يملكه بعد تعريفه، لأنّ العبد يحفظ نفسه بنفسه فهو كضوالّ الإبل[٧]. والسوق والتعليل قاضيان بأنّ ذلك في الكبير، بل قضيّة ذلك جواز تملّك الصغير، فلا يصحّ ما في «المسالك[٨] والروضة[٩] والمفاتيح[١٠]» من أنّه أطلق المنع من تملّكه في التحرير محتجّاً بأنّ العبد يحتفظ بنفسه، وهو لا يتمّ في الصغير.

قلت: ويحتمل جواز تملّكه من غير تعريف كسائر الحيوانات في الفلاة الّتي في معرض التلف على رأي، وقد يفصّل فيه كما في الصامت، فإن أخذه من فلاة ملكه من دون تعريف، وإلّا عرّفه وملكه إن شاء.

[فيمن له حقّ الالتقاط]

قوله: ﴿وولاية الالتقاط لكلّ حرٍّ بالغٍ عاقلٍ مسلمٍ عدل﴾ كما في

(١) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٥.
(٢) راجع تبصرة المتعلّمين: في اللقطة ص ١٠٦.
(٣) انظر اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٧.
(٤ و٨) مسالك الأفهام: في اللقيط ج ١٢ ص ٤٦٣.
(٥) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٢١.
(٦ و١٠) مفاتيح الشرائع: في حكم الحيوان الضالّة ج ٣ ص ١٨٢.
(٧) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٨.
(٩) الروضة البهية: في اللقيط ج ٧ ص ٦٨.

«التذكرة[١] والإرشاد[٢]» ولم يذكر في «التذكرة» في ذلك خلافاً منّا ولا من العامّة، لكن قد اقتصر في «النافع[٣]» على اشتراط التكليف، والظاهر أنّه لا خلاف فيه كما في «مجمع البرهان[٤]» وزيد في «المبسوط[٥] والشرائع[٦] والتحرير[٧] واللمعة[٨] وجامع المقاصد[٩] والمسالك[١٠] والروضة[١١] ومجمع البرهان[١٢] والكفاية[١٣]» اشتراط الحرّية. وفي الأخير أنّه ممّا قطع به الأصحاب. وفي «مجمع البرهان» أنّ الظاهر الإجماع على أنّه ليس للعبد الالتقاط[١٤]. وفي «جامع المقاصد» أنّه لا ريب أنّه لا عبرة بالتقاطه[١٥] فينحصر الخلاف في ظاهر النافع. ويأتي تمام الكلام في أحوال العبد وأحكامه[١٦] عند تفريع المصنّف.

وأمّا اشتراط الإسلام إذا كان اللقيط محكوماً بإسلامه فهو خيرة «المبسوط[١٧]»

---

(١) تذكرة الفقهاء: في اللقيط ج ٢ ص ٢٧٠ س ٢٦.

(٢) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقيط ج ١ ص ٤٤٠.

(٣) قال في النافع: ويشترط في الملتقط التكليف. وفي اشتراط الإسلام تردّد. ولا يلتقط المملوك إلّا بإذن مولاه، انتهى. المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٣. فحينئذٍ نقول: إن كان المراد من شرط التكليف هو مطلق ما يعتبر في مجموع الأحكام التكليفيّة عند القوم فعبارة النافع صريحة في نفي اعتبار التقاط مَن ليس بمكلّف، وإن كان المراد منه هو ما يعتبر عند القوم في خصوص التكاليف العباديّة مثل الصلاة والصوم ونحوهما فعبارته صريحة في اعتبار الحرّيّة مضافاً إلى التكليف أيضاً، فراجع وتأمّل.

(٤ و١٢ و١٤) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط اللقطة ج ١٠ ص ٣٩٧ ـ ٣٩٨.

(٥ و١٧) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٠.

(٦) شرائع الإسلام: في الملتقط ج ٣ ص ٢٨٤.

(٧) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٨.

(٨) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٧.

(٩ و١٥) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٦.

(١٠) مسالك الأفهام: في شروط الملتقط ج ١٢ ص ٤٦٥.

(١١) الروضة البهية: في شروط الملتقط ج ٧ ص ٧١.

(١٣) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٢٢.

(١٦) سيأتي في ص ٥٣٨ ـ ٥٤٠ و٧٢٤ ـ ٧٣٠.

وسائر ما تأخّر[١] عنه إلّا ما ستسمعه. وفي «مجمع البرهان[٢]» أنّه يمكن دعوى الإجماع عليه. وفي «الرياض» أنّه خيرة أكثر أصحابنا بل عامّتهم عدا المحقّق في كتابيه فإنّه تردّد[٣]. قلت: والتردّد ظاهر تلميذه «كاشف الرموز[٤]» حيث لم يرجّح، وكذا «الكفاية[٥]» في «تعليق النافع» أنّ الاشتراط قويّ، وهو قد يلوح منه التأمّل.

وما في «كشف الرموز[٦] والتنقيح[٧]» من أنّ الشيخ في «الخلاف[٨]» لم يشترط الإسلام فخطأٌ صرف، لأنّه في الخلاف لم يتعرّض لذلك، ولعلّ الاشتباه حصل من عدم الفرق بين اللقطة واللقيط. ومثله قوله في «التنقيح»: إنّ الأصحاب أطلقوا جواز الالتقاط من غير تقييد[٩]. فإن أراد التقاط اللقيط فكلّ مَن تقدّم عليه ممّن تعرّض له اشترط الإسلام أو تأمّل فيه ـ كالشيخ[١٠] والفاضلين[١١] والآبي[١٢] والفخر[١٣] والشهيد[١٤] وغيرهم[١٥] ـ وإن أراد التقاط اللقطة فليس ممّا نحن فيه ومثله بل أعظم منه ما يُفهم منه من انسحاب الخلاف فيما إذا كان اللقيط محكوماً

(١) منهم العلّامة في تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٨، والشهيد في الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٥، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في شرائط الملتقط ج ١٢ ص ٤٦٦ـ٤٦٧.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط اللقطة ج ١٠ ص ٤٠٠.
(٣) رياض المسائل: في اللقيط ج ١٢ ص ٣٨٠.
(٤ و٦ و١٢) كشف الرموز: في اللقيط ج ٢ ص ٤٠٦.
(٥) كفاية الأحكام: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٥٢٢.
(٧) التنقيح الرائع: في اللقيط ج ٤ ص ١٠٦.
(٨) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٨٨ مسألة ١٦.
(٩) التنقيح الرائع: في اللقيط ج ٤ ص ١٠٦.
(١٠) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٠.
(١١) شرائع الإسلام: في الملتقط ج ٣ ص ٢٨٤، تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٨.
(١٣) إيضاح الفوائد: في اللقطة ج ٢ ص ١٣٨.
(١٤) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٥.
(١٥) كالشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في اللقيط ج ١٢ ص ٤٦٧.

بكفره، فإنّه قال بعد نقل القولين: والتحقيق أنّه إن حكم بإسلام اللقيط اشترط إسلام الملتقط وإلّا فلا[١]. وهو غلط صرف، لأنّ الّذي صرّح به الشيخ[٢] والمصنّف في «التذكرة[٣] والتحرير[٤]» والشهيدان[٥] والمقدّس الأردبيلي[٦] والخراساني[٧] وغيرهم[٨] أنّ محل الخلاف وموضوع المسألة ما إذا كان اللقيط محكوماً بإسلامه، وهو المستفاد من كلمات الباقين وتعليلاتهم. بل في «المهذّب البارع» أنّهُ إذا كان محكوماً بكفره فللكافر التقاطه قولاً واحداً[٩]. وقد نفى عنه الخلاف في «كشف الرموز[١٠] والروضة[١١] والمسالك[١٢]» ذكر ذلك في الأخير في بحث اشتراط العدالة، ونفي عنه الإشكال في مقامٍ آخر منه ومن الكفاية[١٣]. نعم ذهب المحقّق الثاني في «تعليق الإرشاد[١٤]» إلى اشتراط الإسلام وإن لم يكن الولد حكم بإسلامه، وهو نادر مسبوق بالإجماع متأخّر عن صاحب التنقيح.

حجّة المشهور بعد الإجماع على الظاهر والآية الكريمة[١٥] النافية للسبيل أنّ

---

(١) التنقيح الرائع: في اللقيط ج ٤ ص ١٠٦.
(٢) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٠.
(٣) تذكرة الفقهاء: في اللقيط ج ٢ ص ٢٧٠ س ٣٣ ـ ٣٥.
(٤) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٨.
(٥) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٥، مسالك الأفهام: في اللقيط ج ١٢ ص ٤٦٧.
(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط اللقطة ج ١٠ ص ٣٩٩.
(٧) كفاية الأحكام: في أحكام اللقيط ص ٢٣٥ س ٥.
(٨) كالسيّد الطباطبائي في رياض المسائل: في اللقيط ج ١٢ ص ٣٨١.
(٩) المهذّب البارع: في اللقيط ج ٤ ص ٢٩٨.
(١٠) كشف الرموز: في اللقيط ج ٢ ص ٤٠٦.
(١١) الروضة البهية: في شروط الملتقط ج ٧ ص ٧٣.
(١٢) مسالك الأفهام: في اللقيط ج ١٢ ص ٤٦٧. (١٣) كفاية الأحكام: في الملتقط ج ٢ ص ٥٢٢.
(١٤) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركيّ وآثاره: ج ٩) في اللقطة ص ٤٧١.
(١٥) النساء: ١٤١.

الأصل عدم ثبوت الولاية وعدم ثبوت أحكام الالتقاط إلّا فيما ثبت بالدليل، وليس إلّا الإجماع، ولا إجماع هنا، بل الظاهر انعقاده على العكس وموافقة الاعتبار، لأنّه يفتنه عن دينه، فإبقاؤه في يده إعانة على تكفيره، وقد ورد النصّ بالتعليل الاعتباري في تزويج العارفة المؤمنة بالمخالف، وهو أنّ المرأة تأخذ من أدب زوجها[1].

وليس للمجوّزين أو المتردّدين إلّا أنّ الأصل الجواز والأصل عدم الاشتراط، مع كون المقصود الأهمّ من الالتقاط التربية والحضانة، وهما يحصلان مع الكفر. والأصل الأوّل معارض بمثله كما عرفت، مع أنّه غير أصيل لعدم الدليل عليه من الإطلاقات، إذ ليس في الأخبار إلّا أنّ اللقيط لا يُشترى ولا يُباع[2]. وهي لا تتناول ما نحن فيه، لعدم تبادره منها، إذ هي خطابات للمسلمين وفي بلادهم. وأمّا الأصل الثاني فهو فرع وجود عمومات وإطلاقات ظاهرة تدلّ على الجواز على الإطلاق، وقد عرفت عدم وجود ذلك.

وقد يحتجّ[3] للمحقّق الثاني بأنّ كلّ مولود يولد على الفطرة[4]. وهو مدفوع بأنّه لو صحّ لجرى في منع الكافر عن حضانته لولده، وهو كما ترى كالاحتجاج[5] على ردّه بقوله تعالى: ﴿ والّذين كفروا بعضهم أولياء بعض ﴾[6] فإنّه لا صراحة في الآية الشريفة بذلك، لأنّ سوقها يقضي أنّ الكفار يحبّ ويودّ بعضهم بعضاً لا أنّه وليّه الشرعي، فتأمّل.

---

(١) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب ما يحرم بالكفر ونحوه ح ٢ ج ١٤ ص ٤٢٨.

(٢) المصدر السابق: ب ٢٢ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٧١.

(٣) المحتجّ هو الطباطبائي في رياض المسائل: في اللقيط ج ١٢ ص ٣٨١.

(٤) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٣٥ ح ١٨.

(٥) المحتجّ هو الطباطبائي في رياض المسائل: في اللقيط ج ١٢ ص ٣٨١.

(٦) الأنفال: ٧٣.

وظاهر إطلاق الأكثر كما سمعت وصريح جماعة كالمصنّف فيما يأتي[١] وكذا الشهيدالثاني في كتابيه[٢] والمولى الأردبيلي[٣] عدم اشتراط الرشد فيصحّ من السفيه، واستقرب في «الدروس» اشتراطه[٤]، وبه جزم في «التذكرة» قال: لأنّه ليس بمؤتمن عليه شرعاً وإن كان عدلاً[٥]. وفي «جامع المقاصد» أنّه لا يخلو من قوّة[٦]. وكأنّه مال إليه في «الإيضاح[٧]» ولا ترجيح في «الكفاية[٨]».

قلت: ينبغي للقائل باشتراط العدالة وهم جماعة كما سيأتي[٩] أن يجزم باشتراط الرشد، لأنّ التبذير حرام بالنصّ[١٠] والإجماع إلّا أن تقول إنّه صغيرة ولا إصرار. ولعلّه إليه نظر في «التذكرة» لكنّه في باب السفيه منها ـ أي التذكرة ـ قال: الفاسق إذا كان ينفق أمواله في المعاصي ويتوصّل بها إلى الفساد فهو غير رشيد ولا يدفع إليه أمواله إجماعاً، وإن كان فسقه لغير ذلك كالكذب ومنع الزكاة دفع إليه ماله[١١] انتهى فتأمّل، بل الظاهر أنّ المبذّر مصرّ فتأمّل، مضافاً إلى أنّ الشارع لم يأتمنه على ماله فبالأولى أن يمنعه من الائتمان على الطفل وماله، ولأنّ الالتقاط ائتمان شرعي، والشرع لم يأتمنه.

---

(١) الظاهر أنّ المراد هو ما سيأتي في ص ٥٤٣ من ثبوت الولاية للمبذّر الّذي قد يفسّر بأنّه من لارشد له كما يؤيّده ما حكاه عن التذكرة ولكن مثل ذلك لا يعدّ من الصريح كما لا يخفى.

(٢) مسالك الأفهام: في اللقيط ج ١٢ ص ٤٦٥، والروضة البهية: في شروط الملتقط ج ٧ ص ٧٠.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط اللقطة ج ١٠ ص ٤٠٢.

(٤) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٦.

(٥) تذكرة الفقهاء: في الملتقط ج ٢ ص ٢٧١ س ٦.

(٦) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٩.

(٧) إيضاح الفوائد: في اللقطة ج ٢ ص ١٣٨.

(٨) كفاية الأحكام: في الملتقط ج ٢ ص ٥٢٢.

(٩) سيأتي في الصفحة الآتية.

(١٠) وسائل الشيعة: ب ٤٦ من أبواب جهاد النفس وما يناسبه ح ٣٣ ج ١١ ص ٢٦١.

(١١) تذكرة الفقهاء: في أحكام السفيه ج ٢ ص ٧٥ س ٣٢.

وضعف هذا بأنّ عدم ائتمانه إنّما هو على المال لا على غيره، وعلى تقدير أن يوجد معه مال يمكن الجمع بين القاعدتين الشرعيّتين، وهما عدم استئمان المبذّر على المال وتأهيله لغيره من مطلق التصرّفات ومن جملتها الالتقاط والحضانة، فيؤخذ المال منه خاصّة.

وفيه: أنّ صحّة التقاطه تستلزم وجوب إنفاقه، وهو ممتنع من المبذّر، وجعل التصرّف فيه لآخر يستعقب الضرر على الطفل بتوزيع اُموره[1] مضافاً إلى عدم عموم يشمل جواز التقاطه، فيرجع فيه إلى حكم الأصل وهو عدم الجواز.

وليس للمطلقين إلّا أنّه حضانة وليس بمال وإنّما يحجب له ومطلق كونه مولى عليه غير مانع. وكيف كان، فالمسألة لا تخلو من شائبة الإشكال، ويأتي تمام الكلام[2].

هذا وإطلاق الأكثر يقضي بعدم اشتراط العدالة، وقد نسب إلى الأكثر في «المسالك[3] والروضة[4]». وفي «كشف الرموز» أنّ الفاسق يجوز له أخذه بلا خلاف عندنا، ويترك عنده بغير انضمام يد آخر إليه خلافاً لبعضهم[5]. وفي «الشرائع» أنّ عدم اشتراطها أشبه[6]. وفي «الدروس[7] والروضة[8]» أنّه أقوى. وفي «المسالك» أنّه قويّ[9]. وفي «الكفاية» أنّه أقرب[10]. وفي «الرياض» أنّه أظهر[11].

وفي «جامع المقاصد[12] وتعليق الإرشاد[13] والروضة[14]» أنّ اعتبارها أحوط.

(١ و٤ و٨ و١٤) الروضة البهية: في شروط الملتقط ج ٧ ص ٧٠ ـ ٧١ و٧٣.

(٢) سيأتي في ص ٥٤٣ ـ ٥٤٤.

(٣ و٩) مسالك الأفهام: في اللقيط ج ١٢ ص ٤٦٧ وفيه «هذا أقوى».

(٥) كشف الرموز: في اللقيط ج ٢ ص ٤٠٦.

(٦) شرائع الإسلام: في الملتقط ج ٣ ص ٢٨٤.

(٧) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٦.

(١٠) كفاية الأحكام: في الملتقط ج ٢ ص ٥٢٢.

(١١) رياض المسائل: في اللقيط ج ١٢ ص ٣٧٩.

(١٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٨.

(١٣) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركيّ وآثاره: ج ٩) ص ٤٧١.

وحكي[١] ذلك عن الحليّ، ولم أجده في «السرائر» وفي الأوّلين[٢] أنّه إن كان له مال فاعتبارها قويّ. وفي «المسالك[٣]» أنّه حينئذٍ متّجه. واعتبارها خيرة «المبسوط[٤] والكتاب» فيما يأتي[٥] و«الإرشاد[٦] وشرحه» لولده[٧].

وتردّد في «التحرير[٨]». ولا ترجيح في «التنقيح» فظاهره التردّد. وقد نسب فيه عدم الاشتراط إلى المبسوط والخلاف على كراهيّة[٩]، وهو خطأ.

حجّة الأوّلين أنّ ظاهر حال المسلم الأمانة، ولهذا قبِل قوله فيما هو في يده من أنّه ماله وأنّه طاهر ونجس. والحاصل: أنّ الأصل في المسلم أنّه لا يفعل غير المشروع وأنّه يجوز له لقطة الأموال، والفرق بينهما غير ظاهر. وستعرف[١٠] حال هذا الأصل عند قوله «ولا الفاسق» وأنّه معارض بأصل الفسق، لأنّه الغالب، فلابدّ من ظاهر يعضد أحدهما وليس هو الأحسن الظاهر.

وحجّة الآخرين أنّ الفاسق غير مؤتمن شرعاً، وهو ظالم لا يجوز الركون إليه ولا يؤمن أن يبيع الطفل أو يسترقّه أو يسيء في تربيته. وفرّق في «التذكرة[١١]» بين

(١) لم نعثر عليه.
(٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٨، وحاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركيّ وآثاره: ج ٩) ص ٤٧١.
(٣) مسالك الأفهام: في اللقيط ج ١٢ ص ٤٦٨.
(٤) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٠.
(٥) سيأتي في ص ٥٤١.
(٦) إرشاد الأذهان: في اللقطة ج ١ ص ٤٤٠.
(٧) شرح إرشاد الأذهان: في اللقطة ص ٦٦.
(٨) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٩.
(٩) التنقيح الرائع: في اللقيط ج ٤ ص ١٠٦.
(١٠) سيأتي في ص ٥٤١ ـ ٥٤٢.
(١١) تذكرة الفقهاء: في الملتقط ج ٢ ص ٢٧٠ س ٣٧.

فلا يصحّ التقاط العبد

لقطة الأموال والأطفال، فإنّ في لقطة المال تكسّباً وأنّه يجب ردّ المال إليه بعد التعريف لإمكان نيّة التملّك وبأنّ المقصود في المال حفظه ويمكن الاحتياط بالاستظهار بالتعريف وينصب الحاكم من يعرّف، وفي لقطة النفس حفظ النسب والنفس، وقد يهلكه خفية ويترك حفظه بالليل ويدّعي رقّيّته في البلدان البعيدة، وهذا الفرق ظاهر الوجه، ولا كذلك الأوّلان.

ويمكن أن يقال: إنّ ذلك منقوض بالتقاط الكافر لمثله، وأنّه ليس استئماناً حقيقيّاً[1] وأنّه يمكن حفظه في يده بالإشهاد ونصب الحاكم أميناً يشارفه في كلّ وقت ويشيع أمره من دون أن يؤذيه، فتبقى ولايته ويحصل الجمع بين الحقّين. والحاصل: أنّ الحاكم لا يخلّي سبيله، إلّا أن يقال: إنّ المعلوم بالإجماع هو لقطة العدل لا غير، ولا دليل غيره، إلّا أن تقول: دليله إطلاق الأخبار وهو منزّل على الغالب لندرة العادل، فتأمّل في ذلك كلّه.

ووجه ما في «جامع المقاصد» أنّ الخيانة في المال أمرٌ راجح الوقوع[2]. وفيه: أنّه يمكن الجمع بانتزاع الحاكم له منه كالمبذّر، ويأتي الكلام[3] فيمن ظاهر حاله الأمانة.

قوله: ﴿فلا يصحّ التقاط العبد﴾ قد سمعت ما في «جامع المقاصد[4] ومجمع البرهان[5] والكفاية[6]» وفي الخبر: «ما للمملوك واللقطة والمملوك لا يملك

(١) القائل هو الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في اللقيط ج ١٢ ص ٤٦٧.

(٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٨.

(٣) سيأتي في ص ٥٤٢.

(٤) تقدّم في ص ٥٣١.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط اللقطة ج ١٠ ص ٣٩٨.

(٦) كفاية الأحكام: في الملتقط ج ٢ ص ٥٢٢.

ـ فإن أذن المولى صحّ وانتقل الحكم إليه ـ

من نفسه شيئاً»[١]، فتأمّل.

قوله: ﴿فإن أذن المولى صحّ وانتقل الحكم إليه﴾ كما في «الشرائع[٢] والتذكرة[٣] والتحرير[٤] والدروس[٥] وجامع المقاصد[٦] والمسالك[٧] والروضة[٨] ومجمع البرهان[٩]» وكذا «النافع[١٠] واللمعة[١١]» وكذا لو أجاز كما في «التذكرة[١٢] وجامع المقاصد[١٣] والمسالك[١٤]». وفي هذه الثلاثة[١٥] و«التحرير[١٦] والروضة[١٧]» أنّه لايجوز له الرجوع بعد الإذن.

وقال في «التذكرة»: أنّه لو كان الطفل في موضع لا ملتقط له سوى العبد فإنّه يجوز له التقاطه، لأنّه تخليصٌ له من الهلاك كما لو أراد التخليص من الغرق[١٨]. ولعلّه أراد بالجواز الوجوب كما هو صريح «الدروس[١٩] والتحرير[٢٠]» ولا إشكال في وجوب أخذه أو جوازه كما في «المسالك[٢١]» وإنّما الكلام في لحوق أحكام

(١) وسائل الشيعة: ب ٢٠ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٧٠.

(٢) شرائع الإسلام: في الملتقط ج ٣ ص ٢٨٤.

(٣ و١٢ و١٨) تذكرة الفقهاء: في الملتقط ج ٢ ص ٢٧٠ س ٢٧ ـ ٢٩.

(٤ و١٦ و٢٠) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٨.

(٥ و١٩) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٥.

(٦ و١٣) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٧.

(٧ و١٤ و٢١) مسالك الأفهام: في اللقيط ج ١٢ ص ٤٦٥ و٤٦٦.

(٨ و١٧) الروضة البهية: في شروط الملتقط ج ٧ ص ٧١.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط اللقطة ج ١٠ ص ٣٩٨ ـ ٣٩٩.

(١٠) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٣.

(١١) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٧.

(١٥) تذكرة الفقهاء: في الملتقط ج٢ص ٢٧٠ س ٢٨، وجامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص١٠٧، ومسالك الأفهام: في اللقيط ج ١٢ ص ٤٦٥.

ولا المكاتب.

الالتقاط له، والدليل المذكور لا يفضي إليه، فإنّه ليس له أهليّة الالتقاط وإن كان له أهليّة الاستنقاذ، فينبغي أن ينتزع منه وجوباً على الكفاية، فلا فرق بين وجود الملتقط وعدمه، كما نبّه على ذلك في «جامع المقاصد[١] والمسالك[٢] والروضة[٣] ومجمع البرهان[٤]». نعم لو رضي المولى بفعل العبد فهو لقطة من الآن وإلّا فهو منبوذ كما عرفت[٥].

قوله: ﴿ولا المكاتب﴾ قال في «التذكرة[٦]»: لا فرق بين القنّ والمدبر واُمّ الولد والمكاتب والمحرّر بعضه في ذلك، لأنّه ليس لأحد هؤلاء التبرّع بماله ولامنافعه إلّا بإذن السيّد. ونحوه في عدم الفرق بين المذكورين ما في «التحرير[٧] والدروس[٨] والمسالك[٩] والروضة[١٠]». وفي الأخيرين وفاقاً «لجامع المقاصد[١١]» أنّه لا يدفع ذلك مهاياة المبعّض وإن وفى زمانه المختصّ بالحضانة لعدم لزومها، فجاز تطرّق المانع كلّ وقت.

وتأمّل في ذلك المقدّس الأردبيلي[١٢] ولعلّه في محلّه. ولايخفى ما في تعليل التذكرة فإنّ من تحرّر بعضه له التبرّع بمقدار ما فيه من الحرّية. نعم ليس له الحضانة، لأنّه يلزم منها التصرّف في حقّ المولى.

(١ و ١١) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٧.
(٢ و ٩) مسالك الأفهام: في الملتقط ج ١٢ ص ٤٦٦ و ٤٦٥.
(٣ و ١٠) الروضة البهيّة: في شروط الملتقط ج ٧ ص ٧١.
(٤ و ١٢) مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط اللقطة ج ١٠ ص ٣٩٩.
(٥) تقدّم في ص ٤٩٤ ـ ٤٩٦.
(٦) تذكرة الفقهاء: في الملتقط ج ٢ ص ٢٧٠ س ٣٠.
(٧) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٨.
(٨) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٥.

ولاحكم لالتقاط الصبيّ ولا المجنون، بل ينتزع من يدهما. ولا يصحّ التقاط الكافر للمسلم، ويصحّ لمثله، ولا الفاسق، لأنّ الحضانة استئمان فلا تليق به.

قوله: ﴿ولا حكم لالتقاط الصبيّ ولا المجنون، بل ينتزع من يدهما﴾ قد سمعت ما في «مجمع البرهان[1]» وظاهر إطلاقهم أنّ حكم اللقيط في يدهما ما كان عليه، وبه فسّر عبارة اللمعة في «الروضة[2]» وعبارة الشرائع في «المسالك[3]» ولعلّه لاستصحاب الحالة السابقة أو للإطلاقات إلّا أن تشكّ في انصرافها إلى محلّ الفرض وتقول: إنّ الاستصحاب معارض بمثله، فتأمّل جيّداً.

وقال في «التذكرة»: لو كان المجنون يعتوره أدواراً أخذه الحاكم من عنده كما يأخذه لو التقطه المجنون المطبق أو الصبيّ[4]. وهو صريح في أنّه لم يكن لقيطاً بالأخذ ولا بعده، فإذا أخذه أحد لم يكن لقيطاً بل الآخذ له الحاكم، ويحتمل جوازه للوليّ إذا لم يتمكّن من الحاكم ولم يكن أيضاً لقطة، ولعلّه لأنّه غير منبوذ، وقد أخذ ذلك في تعريفه إلّا أن يقال[5]: إنّه المنبوذ الّذي ليس في يد مَن تجب عليه حضانته، فتأمّل.

قوله: ﴿ولا يصحّ التقاط الكافر للمسلم، ويصحّ لمثله، ولا الفاسق، لأنّ الحضانة استئمان فلا تليق به﴾ هذه المسائل الثلاث قد تقدّم الكلام[6]

---

(١) تقدّم في ص ٥٣٥.

(٢) الروضة البهية: في شروط الملتقط ج ٧ ص ٦٩.

(٣) مسالك الأفهام: في الملتقط ج ١٢ ص ٤٦٤.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الملتقط ج ٢ ص ٢٧٠ س ٢٦.

(٥) لم نعثر عليه.

(٦) تقدّم في ص ٥٣٠ ـ ٥٣٤.

فيها مسبغاً. وبقي الكلام فيمن ظاهر حاله الأمانة ولم يختبر حاله، ففي «التذكرة[١] والتحرير[٢] وجامع المقاصد[٣]» أنّه لا ينتزع من يده، لأنّ ظاهر المسلم العدالة ولم يوجد ما ينافي هذا الظاهر، ولأنّ حكمه حكم العدل في لقطة الأموال والولاية في النكاح وأكثر الأحكام. وكأنّه مال إليه في «الدروس[٤]». قال في «التذكرة»: ولكن يوكّل الإمام مَن يراقبه من حيث لا يدري لئلّا يتأذّى، فإذا حصلت للحاكم الثقة به صار كمعلوم العدالة[٥].

قلت: ما ذكره من كون ظاهر المسلم العدالة خلاف ما عليه المشهور وخلاف مذهب المصنّف في غير هذا الموضع. نعم هو مذهب أبي عليّ[٦] والمفيد[٧] والشيخ[٨] في جملة من كتبه، لأنّ الأصل في الإسلام العدالة، والأصل في جميع أقوال المسلم وأفعاله الصحّة، والفسق طارٍ على هذا الأصل، وغلبته كغلبة المجاز على الحقيقة، فلا تعارض بين الأصلين، لأنّ ثبوت المظنّة لا يجدي مع انتفاء المَئِنّة.

(١ و٥) تذكرة الفقهاء: في الملتقط ج ٢ ص ٢٧١ س ١ ـ ٣.

(٢) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٩ ـ ٤٥٠.

(٣) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٨.

(٤) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٥ ـ ٧٦.

(٦) نقله عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في صلاة الجماعة ج ٣ ص ٨٨

(٧) ما حكاه الشارح عن المفيد﵀ إنّما نقله الشهيد الثاني في المسالك: ج ١٣ ص ٤٠٠، والبحراني في الحدائق: ج ١٠ ص ١٨، وأما الموجود في إشرافه لا يوافق ما حكاه فإنّه قال: «ووجود خامس يؤمّهم، له صفات يختصّ بها على الإيجاب: ظاهر الإيمان والعدالة والطهارة في المولد» ... إلى آخر ما ذكر، الأشراف، باب عدد ما يجب به الاجتماع في صلاة الجمعة ج ٩ ص ٢٥. وقال في المقنعة: باب البيّنات ص ٧٢٥: «والعدل مَن كان معروفاً بالدين والورع عن محارم الله عزّوجلّ» انتهى وعبارته فيهما كما ترى صريحة في عدم كفاية ظاهر الإسلام في ثبوت العدالة، فراجع وتأمّل.

(٨) منها الخلاف: في القضاء ج ٦ ص ٢١٨ مسألة ١٠، والاستبصار: في باب العدالة المعتبرة في الشهادة ج ٣ ص ١٤ ذيل ح ٣٥.

والأقرب ثبوت الولاية للمبذّر والبدوي ومنشئ السفر.

والقائل بأنّه لابدّ من حسن الظاهر يقول أصلان تعارضا، فلابدّ من ظاهر يعضد أحدهما، وليس هو إلّا حسن الظاهر، مع ادّعاء تواتر الأخبار بعدم الاكتفاء بظاهر الإسلام وبالاكتفاء بحسن الظاهر. وممّا ذكر يعلم الحال عند مَن يقول: لابدّ من الملكة. وأمّا قبول قول المجهول الحال في التذكية والطهارة ورقّ الجارية وغير ذلك فهو من دليل خارجي، ثمّ إنّه إن أراد وجوب توكيل الإمام مَن يراقبه أشكل تمكينه منه.

قال في «التذكرة»: وأما قبل ذلك لو أراد السفر فإنّه يمنع منه وينتزع منه، لأنّه لا يؤمن أن يسترقّه[1]. وهذا يمكن أن يكون بناءً على اشتراط العدالة، ويحتمل أنّا لو لم نقل بالاشتراط لوجب القول بها هنا لشدّة الحاجة حينئذٍ كما في «جامع المقاصد[2]».

قوله: ﴿والأقرب ثبوت الولاية للمبذّر والبدوي ومنشئ السفر﴾ قد تقدّم الكلام[3] في المبذّر مشبعاً، وأمّا البدوي ومنشئ السفر فالجواز فيهما خيرة «الشرائع[4] وجامع المقاصد[5] والمسالك[6] والروضة[7]» وظاهر «اللمعة[8]» للأصل وعدم مانعيّة ما قيل إنّه مانع، لكن في «الشرائع[9] والمسالك[10]» التعبير بمريد السفر.

---

(١) تذكرة الفقهاء: في الملتقط ج ٢ ص ٢٧١ س ٣.
(٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٩.
(٣) تقدّم في ص ٥٣٥.
(٤ و ٩) شرائع الإسلام: في الملتقط ج ٣ ص ٢٨٤.
(٥) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٩ ـ ١١٠.
(٦ و ١٠) مسالك الأفهام: في الملتقط ج ١٢ ص ٤٦٨.
(٧) الروضة البهية: في شروط الملتقط ج ٧ ص ٧٤.
(٨) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٧.

وقد حكي[١] عن «المبسوط» أنّه منع من ثبوتها للبدوي، لأنّ التقاطه يؤدّي إلى ضياع نسبه. وضعّفه في «جامع المقاصد[٢]» وكذا«المسالك[٣]»بعدم علم مانعيّته وعدم انضباط الأحوال، قالا: ربّما كان السفر به سبباً في ظهور نسبه بأن كان من مكانٍ بعيد. والموجود في«المبسوط[٤] والتذكرة[٥]» أنّه لو التقطه البدوي، فإن كان من أهل حلّة مقيماً في موضع راتب أقرّ في يده، وإن كان ممّن ينتقل من موضع إلى موضع فقد قيل فيه وجهان: أحدهما المنع، والثاني أنّه يقرّ في يده، لأنّ أطراف البادية كمحالّ البلدة. ولا ترجيح أيضاً في«التحرير[٦] والإيضاح[٧] والدروس» في البدوي ومنشئ السفر. نعم قال في الأخير: يضعّف انتزاعه من مريد السفر إذا كان عدلاً[٨]. وهذا شامل لمن ثبتت ولايته عليه ثمّ أراد أن يسافر به ولمنشئ السفر، فتدبّر. وقد سمعت[٩] ما في «الشرائع». وقال ـ أي في «الدروس» ـ: ولو لم يوجد غيرهما لم ينتزع قطعاً، وكذا لو كان الموجود كواحدٍ منهما[١٠]. ونحوه ما في «التحرير[١١] والروضة[١٢]».

والمراد بمنشئ السفر مَن ابتدأ به أو قرب منه جدّاً بحيث صار بمنزلة المسافر،

---

(١) الحاكي عنه هو الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في الملتقط ج ١٢ ص ٤٦٨.

(٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١١٠.

(٣) مسالك الأفهام: في الملتقط ج ١٢ ص ٤٦٨.

(٤) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤١.

(٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الالتقاط ج ٢ ص ٢٧٢ س ٥ ـ ١٣.

(٦ و١١) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٠.

(٧) ظاهر عبارة الإيضاح بل صريحها ترجيح الولاية للبدوي وللمبذّر ومنشئ السفر حيث إنّه ـ بعد عبارة المصنّف من أنّ الأقرب ثبوت الولاية للمبذّر والبدوي ومنشئ السفر ـ قال: وجه القرب أنّه تعاون على البرّ والتقوى فهو من باب العبادات وهو الأصحّ عندي. ثمّ قال: ويحتمل العدم ... إلى آخر عبارته، فراجع الإيضاح: ج ٢ في اللقطة ص ١٣٨ ـ ١٣٩.

(٨ و١٠) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٦.

(٩) تقدّم في الصفحة السابقة.

(١٢) الروضة البهية: في وظيفة الملتقط ج ٧ ص ٧٥.

ويجب على الملتقط الحضانة، فإن عجز سلّمه إلى القاضي.

فإذا التقطه هذا المبتدي بالسفر في البادية فلابدّ من نقله حراسة له، وله أن يتوجّه به إلى مقصده ويذهب به إليه لمكان الضرورة والحاجة، ولا يجوز انتزاعه من يده عند المصنّف ومَن عرفت. وبذلك يفرّق بينه وبين ما سيأتي من قوله «الأقرب أنّ له السفر به»[1] فإنّ ذلك قد التقطه وأقرّ في يده وثبتت له الولاية عليه، ثمّ أراد أن يسافر به، ولكن قد لا يفرّق بينه وبين ما قرب منه جدّاً، فتأمّل، لأنّ عبارتي «الشرائع والدروس» قد تقضيان بعدم الفرق أصلاً. ثمّ إنّ الشيخ وولد المصنّف والكركي اشترطوا في جواز السفر به فيما يأتي أن يكون عدلاً ظاهراً وباطناً، ولم يشترطوا هنا شيئاً، وكان ينبغي لهم أن يقولوا هنا بجواز الانتزاع من يده إذا لم يكن عدلاً، فتأمّل.

وبعض العامّة[2] قال فيما نحن فيه: إنّه لا يذهب به إلى مقصده رعايةً لأمر النسب.

[في وجوب حضانة الملتقط على الملتقط]

قوله: ﴿ويجب على الملتقط الحضانة﴾ بلا خلاف، وقال في «الدروس»: تجب حضانته بالمعروف، وهو القيام بتعهّده على وجه المصلحة بنفسه أو زوجته أو غيرهما، والأولى ترك إخراجه من البلد إلى القرى، ومن القرية إلى البادية لضيق المعيشة في تينك بالإضافة إلى ما فوقها، ولأنّه أحفظ لنسبه وأيسر لمداواته[3].

قوله: ﴿فإن عجز سلّمه إلى القاضي﴾ كما في «التذكرة[4]» وغيرها[5] والوجه فيه ظاهر، لأنّه وليّ من لا وليّ له، ولا تكليف بما لا يطاق.

---

(١) سيأتي في الصفحة الآتية.

(٢) حكاه عنه العلّامة في التذكرة: في اللقطة ج ٢ ص ٢٧٢ س ٦.

(٣) الدروس الشرعية: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٧٦ ـ ٧٧.

(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام الالتقاط ج ٢ ص ٢٧١ س ٣٦.

(٥) كجامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١١٠.

وهل له ذلك مع التبرّم والقدرة؟ نظر ينشأ من شروعه في فرض الكفاية فلزمه.

والأقرب أنّ له السفر به والاستيطان به في غير بلد الالتقاط، فلا يجب انتزاعه منه حينئذٍ.

قوله: ﴿وهل له ذلك مع التبرّم والقدرة؟ نظر ينشأ من شروعه في فرض الكفاية فلزمه﴾ كما هو خيرة «الإيضاح[1] وجامع المقاصد[2]» لأنّه قد ثبت عليه حقّ الحفظ فيستصحب، ولقوله عزّ وجلّ: ﴿ولا تبطلوا أعمالكم﴾[3] فالشروع في فروض الكفاية يوجب إتمامها وتعيّنها إلّا أن تقول: إنّ الشروع لايغيّر حكم المشروع فيه. وقد فصّل العلّامة في جهاد «التذكرة[4]» بين الجهاد ممّا يوجب التخاذل ونحوه كصلاة الجنازة ممّا هو كالخصلة الواحدة وبين طلب العلم ونحوه ممّا لا تخذيل فيه وليس كالخصلة الواحدة، فتأمّل.

ويحتمل جواز دفعه للقاضي للأصل ولأنّه وليّ الضائع. وهو خيرة «التذكرة[5]» والأصل غير أصيل مع ثبوت الولاية ووجوب القيام بمقتضاها، والحاكم وليّ عامّ ولايته على مَن لا وليّ له، والملتقط وليّ خاصّ، بل نقول: إنّه بعد أخذه تعيّنت الحضانة عليه، فليس من الشروع في الواجب الكفائي، فلا معنى للنظر، فتدبّر.

[حكم السفر بالملتقط أو الاستيطان به في غير البلد]

قوله: ﴿والأقرب أنّ له السفر به والاستيطان به في غير بلد الالتقاط، فلا يجب انتزاعه منه حينئذٍ﴾ قال في «المبسوط»: إذا أراد أن يسافر به، فإن

---

(١) إيضاح الفوائد: في اللقطة ج ٢ ص ١٣٩.
(٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١١١.
(٣) محمّد: ٣٣.
(٤) تذكرة الفقهاء: في الجهاد ج ٩ ص ٣٥.
(٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الالتقاط ج ٢ ص ٢٧١ س ٣٧.

كان أميناً ظاهراً وباطناً فإنّه يترك في يده، ولو كان أميناً في الظاهر فإنّه يمنع منه ولا يترك أن يحمله، لأنّه يخاف أن يسترقّه[١]. وهو خيرة «الإيضاح[٢] وجامع المقاصد» غير أنّه في الأخير جعل موضع الأمين العدل وفصّل بما ذكر، وقال: إنّه خيرة المبسوط[٣]. قلت: ملاحظة كلام «المبسوط» وتفسيره الأمين في الباطن بأن يكون قد ولد في ذلك البلد ونشأ فيه وعرف باطنه تقضي بأنّه أراد بالأمين العدل. وقد تقدّم[٤] لصاحب «جامع المقاصد» ثبوت الولاية لمنشئ السفر بمعنييه والبدوي من دون اشتراط عدالة في الأوّل ولا كون الثاني راتباً، فالحظ كلاميه. وقد تقدّم[٥] أنّه قال في «الدروس»: إنّه يضعف انتزاعه من مريد السفر إذا كان عدلاً.

وقد يظهر من «التذكرة» المنع من السفر به مطلقاً، لأنّه إذا سافر ضاع نسبه، لأنّ مَن ضيّعه يطلبه حيث ضيّعه[٦]. وضعّف في «جامع المقاصد» بأنّه ربّما كان السفر به محصّلاً لنسبه[٧]. قلت: ولعلّه يقضي بأنّه لا يجوز لملتقطه في البادية أن يذهب به إلى مقصده.

ووجه ما قرّبه المصنّف هنا أنّه وليٌّ فيجوز له ما يجوز لغيره من الأولياء، وأنّ الأصل عدم الحجر عليه في ذلك، وأنّ المنع ربّما أدّى إلى ضرر الطفل، وقد قرّب فيما تقدّم ثبوت الولاية لمنشئ السفر بمعنييه.

وظاهر إطلاقهم أنّه لا فرق في السفر بين سفر النقلة والتجارة والزيارة، وبه صرّح في «التذكرة[٨]».

---

(١) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٥.
(٢) إيضاح الفوائد: في اللقطة ج ٢ ص ١٣٩.
(٣ و٧) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١١١.
(٤) لم نَرَ فيما تقدّم كلاماً للكركي يدلّ على ثبوت الولاية لمنشئ السفر وانما هو شئ تكلم به الشارح نفسه فراجع ص ٥٤٤.
(٥) تقدّم في ص ٥٤٤.
(٦ و٨) تذكرة الفقهاء: في أحكام الالتقاط ج ٢ ص ٢٧١ س ٤١ و٣.

ونفقته في ماله، وهو ما وُقف على اللقطاء أو وهب منهم أو أُوصي لهم، ويقبله القاضي،

ومنه يُعلم حال الاستيطان به في غير بلد الالتقاط، لكن قال هنا في «المبسوط[١]»: قيل فيه وجهان: أحدهما أنّه يترك في يده، والآخر أنّه ينتزع، ولم يتعرّض لأمانته وعدمها، وقد ذكر هذا قبل ذاك بقائمة فلا يتّجه تنزيله عليه، فتأمّل.

وقال في «التذكرة»: لو أراد النقلة إلى بلد آخر، فإن نظرنا إلى اعتبار المعيشة فالبلاد متقاربة، وإن راعينا أمر النسب منعناه، لأنّ طلبه في موضع ضياعه أظهر، فيكون كشف نسبه فيها أرجى، فلا يقرّ في يد المنتقل عنه كما لا يقرّ في يد المنتقل إلى البادية[٢]، انتهى. وقد صرّح أيضاً في «المبسوط» أنّه إذا كان الملتقط له حضريّاً وأراد أن يسافر به إلى البادية أنّه ينتزع من يده[٣].

وقد تقدّم الكلام[٤] فيما إذا التقطه البدوي ومنشئ السفر، وعرفت هناك الفرق بين هذه المسألة وتلك فليرجع إليها، وقد تقضي عبارتا «الشرائع والدروس» بعدم الفرق.

هذا ولو غلب على ظنّ الملتقط أنّ غرض نابذه تضييعه وعدم طلبه فالأقوى جواز نقله إلى أين شاء.

[في أنّ نفقة اللقيط في مال نفسه]

قوله: ﴿ونفقته في ماله[٥]، وهو ما وقف على اللقطاء أو وهب لهم أو أُوصي لهم، ويقبله القاضي﴾ لا يجب على الملتقط النفقة على اللقيط إجماعاً

(١ و٣) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٠ ـ ٣٤١.

(٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام الالتقاط ج ٢ ص ٢٧٢ س ١.

(٤) تقدّم في ص ٥٤٤ ـ ٥٤٥.

(٥) العبارة موهمة لكون نفقة اللقيط في مال الملتقط، وهو خلاف ما أراد، بل أراد أنّ نفقة اللقيط في مال اللقيط نفسه فالأفصح أن يقول: ونفقة اللقيط في مال نفسه.

كما في «التذكرة[١]». قلت: ويعضده الأصل والحصر في صحيحة الحلبي في «الفقيه[٢]». وفي «جامع المقاصد» نفى عنه الريب. وإيجاب الالتقاط لا يوجب النفقة[٣].

هذا وقال في «التذكرة»: ينقسم مال اللقيط إلى ما يستحقّه لعموم كونه لقيطاً وإلى ما يستحقّه بخصوصه، فالأوّل مثل الحاصل من الوقوف على اللقطاء أو الوصيّة. وقال بعض الشافعية: أو ما وهب لهم، واعترض عليه بأنّ الهبة لا تصحّ لغير معيّن. وقال آخرون: يجوز أن تنزّل الجهة العامّة منزلة المسجد حتّى يكون تمليكها بالهبة كما يجوز الوقف وحينئذٍ يقبله القاضي. وليس بشيء. نعم تصحّ الوصيّة لهم، انتهى[٤]. وقال في «جامع المقاصد»: ما ذكره في التذكرة حقّ وهو المعتمد، وما ذكره هنا إن أراد جواز الهبة للجهة فليس بجيّد، وإن أراد المعيّنين من اللقطاء ومن جملتهم لقيط مخصوص فلا شبهة في الحكم، لكنّ المتبادر غير هذا[٥]، انتهى.

قلت: جزم في «الدروس[٦]» بما في الكتاب من دون تأمّل فيه. وعبّر في «التحرير[٧]» بما وقف عليه إذا أوصى له به وقبله الحاكم أو وهب له. ولقد تتبّعت كتاب الهبة في عدّة من الكتب المطوّلة فلم أجد لهم تصريحاً بصحّة الهبة للجهات العامّة ولا بعدمها، بل قد يلوح من بعض مطاوي كلامهم العدم.

وفي «جامع المقاصد[٨]» لا مانع من العموم مع قبول الحاكم كالوقف على الجهات العامّة. قلت: يشهد له الأصل، أي أنّ الأصل الجواز، والأصل عدم اشتراط التعيين، وقد وجد شرط التمسّك بهما، وهو العمومات والإطلاقات الظاهرة الدلالة على الجواز على الإطلاق من الكتاب والسنّة كقوله عزّ وجلّ: ﴿وآتى المال على

(١ و٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام الالتقاط ج ٢ ص ٢٧٢ س ١٦ و٢٠.

(٢) من لايحضره الفقيه: باب ماجاء في ولد الزنا واللقيط ج ٣ ص ١٠٥ ح ٣٤٢٧.

(٣ و٥ و٨) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١١٢.

(٦) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٤.

(٧) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٣.

حبّه﴾[١] ﴿وتعاونوا على البرّ﴾[٢] و﴿أنّ المصدّقين والمصدّقات﴾[٣] وكالأخبار الواردة في الصدقة[٤] والهبة[٥] والهدية[٦]. وقد قالوا[٧] من دون خلاف: إنّ أقسام العطيّة ثلاثة، لأنّها إمّا منجّزة غير معلّقة بالوفاة، وإمّا مؤجّلة معلّقة بها، الثاني الوصيّة، والأوّل إمّا أن تكون العطيّة مطلقة تقتضي الملك المطلق الموجب لإباحة أنواع التصرّفات فهي الهبة، وإمّا أن تكون مقيّدة غير مطلقة فهو الوقف. وقسّموا أيضاً العطيّة إلى هبة وهدية وصدقة، قالوا[٨]: إن خليت عن العوض سمّيت هبة، فإن انضمّ إليها حمل الموهوب من مكانٍ إلى مكان الموهوب منه إعظاماً له وتوقيراً سمّيت هدية، فإن انضمّ إليها التقرّب إلى الله سبحانه وطلب ثوابه فهي صدقة. وقال الشيخ: الهديّة والصدقة والهبة بمعنىً واحد[٩] ولهذا إذا حلف أن لا يهب فتصدّق على مسكين حنث، فإذا صحّ الوقف والوصيّة والصدقة على الجهات صحّت الهبات، لأنّ الجميع من سنخ واحد، وقد تقدّم[١٠] أنّ العارية تصحّ على الجهة، فقد دلّت على ذلك إطلاقات النصوص[١١] والفتاوى بل والإجماعات، فتمكّن من ذلك أصل الجواز وأصل عدم الاشتراط، والحاكم هو القابل القابض لذلك. وجميع الصدقات والعطايا

---

(١) البقرة: ١٧٧.

(٢) المائدة: ٢.

(٣) الحديد: ١٨.

(٤) وسائل الشيعة: ب ١٩ من أبواب الصدقة ج ٦ ص ٢٨٤.

(٥) وسائل الشيعة: في أحكام الهبات ج ١٣ ص ٣٣٢ ـ ٣٤٥.

(٦) وسائل الشيعة: ب ٨٨ من أبواب ما يكتسب به ج ١٢ ص ٢١٢.

(٧) منهم العلّامة في تذكرة الفقهاء: في العطايا المعجلة ج ٢ ص ٤١٤ س ٤٠.

(٨) منهم ابن إدريس في السرائر: في أحكام الهبة ج ٣ ص ١٧٢.

(٩) المبسوط: في الهبات ج ٣ ص ٣٠٣.

(١٠) تقدّم في ص ٤٥٦.

(١١) راجع وسائل الشيعة: في أحكام العارية ج ١٣ ص ٢٣٥ ـ ٢٤١.

أو ما في يده عند الالتقاط كالملفوف عليه والمشدود على (في ـ خ ل) ثوبه والموضوع تحته والدابّة تحته والخيمة والفسطاط الموجود فيهما والدار الّتي لا مالك لها وما في هذه الثلاثة من الأقمشة.

الّتي تأتي من الأطراف للمشتغلين والمجاورين في المشاهد المشرّفة من باب الهبات على الجهات، فليلحظ ذلك جيّداً.

هذا وسيأتي أنّه لا ينفق عليه من ماله إلّا بعد استئذان الحاكم. وقول المصنّف «ويقبله القاضي» يعود إلى كلّ من الهبة والوصيّة، وكذا الوقف على القول باشتراط القبول في هذا النوع.

قوله: ﴿أو ما في يده عند الالتقاط كالملفوف عليه والمشدود على ثوبه والموضوع تحته (والدابّة تحته ـ خ) والخيمة والفسطاط الموجود فيهما والدار الّتي لا مالك لها، وما في هذه الثلاثة من الأقمشة﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «المبسوط[1] والشرائع[2] والتحرير[3] والمسالك[4]» ونحوها «الإرشاد[5] والدروس[6] واللمعة[7] والروضة[8] ومجمع البرهان[9] والكفاية[10]».

---

(١) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٣٧.
(٢) شرائع الإسلام: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٢٨٥.
(٣) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٣.
(٤) مسالك الأفهام: في أحكام اللقيط ج ١٢ ص ٤٧٢.
(٥) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقيط ج ١ ص ٤٤١.
(٦) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٤.
(٧) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٨.
(٨) الروضة البهية: في شروط الملتقط ج ٧ ص ٧٧.
(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٢١.
(١٠) كفاية الأحكام: في أحكام الملتقط ج ٢ ص ٥٢٢ ـ ٥٢٣.

وفي «المبسوط» أنّ ذلك كلّهُ ممّا لا خلاف فيه، مع زيادة جميع ما على الدابّة وكلّ ما كان مشدوداً عليها. وقال فيه أيضاً: إنّ الصغير يملك كما يملك الكبير وله يدٌ كما أنّ للكبير يداً، وكلّما كان ملكاً للكبير جاز أن يكون ملكاً للصغير، وكلّ ما كان يد الصغير عليه صحّ ملكه كالكبير[1]. ورتّب على ذلك ملكه ما ذكر، وقد وافقه على ذلك من تأخّر عنه ممّن تعرّض له من دون خلاف ولا تأمّل، قالوا[2]: لأنّ اليد في كلّ واحدٍ من هذه حقيقة وهي دالّة على الملك، وقد يقال بأنّ هذا قد يقضي بأنّ كسوة الأولاد تمليك كما اخترناه في كسوة الزوجة لا امتناع، فتأمّل فيه* وزاد في «التذكرة» ما غطي به من لحافٍ وشبهه، وما جعل في جيبه من حليّ أو دراهم أو غيرها، وما يكون الطفل مجعولاً فيه كالسرير والمهد والدابّة المشدودة في وسطه أو ثيابه أو الّتي عنانها بيده والدنانير المنثورة فوقه والمصبوبة تحته وتحت فراشه[3].

ومراد المصنّف بقوله «ما في يده عند الالتقاط» ما كان بيده حين نبذه وضياعه كما هو ظاهر، فيشمل ما كان بيده قبل الالتقاط ثمّ زالت عنه لعارض كطائر أفلت من يده ومتاع غصب منه أو سقط. فلعلّه لا يرد عليه ما في «جامع المقاصد» من أنّ قوله «عند الالتقاط» مستدركٌ بل مضرّ[4].

و«الموجود» بالجرّ صفة الخيمة والفسطاط، يعني الّذي وجد اللقيط فيهما،

---

* ـ لأنّه يمكن أن يقال: إنّ ذلك ممّا علم أنّ له مالكاً غيره، ولا عبرة باليد حينئذٍ، ويحتمل أن يكون ممّا علم أنّه كان لهُ مالك فتؤثّر اليد. «منه ﷺ»

---

(١) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٣٦ ـ ٣٣٧.

(٢) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٢٨٥، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١١٣، والشهيد الثاني في الروضة البهية: في شروط الملتقط ج ٧ ص ٧٧.

(٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام الالتقاط ج ٢ ص ٢٧٢ س ٢٣.

(٤) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١١٣.

ولا يحكم له بما يوجد قريباً منه،

ولاريب أنّ اليد في كلّ شيء بحسب ذلك الشيء، ولا ريب أنّ الكون تحتهما وضع لليد عليهما، لأنّهما بيتان.

وأمّا قوله «لا مالك» لها فقد احتمل في «جامع المقاصد» أن يكون صفة للجميع، لأنّ ما علم أنّ له مالكاً غيره لاعبرة بيده عليه [1]. قلت: فيكون من باب بيان الواضحات، واحتمل أن يكون صفة للخيمة والفسطاط والدار خاصّة، وهو مثل الأوّل أو قريب منه. قلت: يحتمل أن يكون صفة للدار خاصّة كما في «المبسوط والشرائع» لأنّها يستبعد الفرض فيها ولأنّه فصلها عن الخيمة والفسطاط. قال في «المبسوط»: فإن وجد في برّيّة في خيمة أو فسطاط فإنّ الخيمة والفسطاط وما فيها يكون له ويده عليه، ولو جاز أن يكون دار لا مالك لها ووجد في تلك الدار فإنّها تكون له كالخيمة [2] انتهى. وهو نصّ فيما ذكرنا. ونحوه «الشرائع [3]».

ووجه كون ما في الثلاثة له أنّه إذا كانت يده على البيت فيده على ما فيه فيكون له.

قوله: ﴿ولا يحكم له بما يوجد قريباً منه﴾ كما في «التذكرة [4] والدروس [5] ومجمع البرهان [6]» وكذا «الإرشاد [7] والروضة [8]» وقيّده في «الدروس [9]» بما لا يد له

---

(١) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١١٣.

(٢) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٣٧.

(٣) شرائع الإسلام: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٢٨٥.

(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام الالتقاط ج ٢ ص ٢٧٢ س ٢٧.

(٥ و٩) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٤.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٢٢.

(٧) إرشاد الأذهان: أحكام اللقيط ج ١ ص ٤٤١.

(٨) الروضة البهية: في شروط الملتقط ج ٧ ص ٧٧ ـ ٧٨.

أو ما بين يديه

عليه ولاهوبحكم يده، وستعرف بيانه ممّا نحكيه عن المبسوط وقال في «الشرائع»: فيما يوجد بين يديه وإلى جانبه تردّد أشبهه أنّه لا يقضى له[1]. وفي «التحرير» في القريب مثل ما يوجد بين يديه أو إلى جانبيه نظر[2]. ونحوه ما في «الكفاية[3]».

وقال في «المبسوط»: وأمّا ما كان قريباً منه مثل أن يكون بين يديه صرّة أو رزمة فهل يحكم بأنّ يده عليه أم لا؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: لا تكون يده عليه، لأنّ اليد يدان، يد مشاهدة ويد حكميّة، وهي ما يكون في بيته ويتصرّف فيه، وهذا ليس بأحدهما. والوجه الثاني: تكون يده عليه، لأنّ العادة جرت بأنّ ما بين يديه يكون له مثل النتيلة[4] بين يدي الصرّاف والميزان وغيرهما. وهذا أقوى[5]، انتهى. قلت: وكالحمّال إذا قعد للاستراحة وترك حمله قريباً منه، وكالأمتعة الموضوعة في السوق بقرب الشخص فإنّه تجعل له خصوصاً مع انضمام قرينة إليه، كما لو وجدمعه أو في ثيابه رقعة أنّ ذلك له فإنّ العمل بها قويّ كما في «الدروس[6]» وكذا «المسالك[7]» إذا أفادت الظنّ الغالب كما لو كانت بخطٍّ مسكون إليه. وممّا ذكر يعرف الوجه في ترجيح أحد الوجهين والتردّد. ولا يحكم له بما كان بعيداً عنه بلا خلاف كما في «المبسوط[8]» وكلّ ما يحكم بأنّه ليس له فهو كاللقطة.

قوله: ﴿أو ما بين يديه﴾ كأنّه لا حاجة إليه.

(١) شرائع الإسلام: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٢٨٥.
(٢) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٣.
(٣) كفاية الأحكام: في أحكام الملتقط ج ٢ ص ٥٢٣.
(٤) النتيلة: النتيلة هي وسيلة بين يدي الصراف يرتب بها انملته لتعدية الورق أو وسيلة بها يعدّى الدراهم والدنانير.
(٥ و٨) المبسوط: في حكم اللقيط ج٣ ص٣٣٧. (٦) الدروس الشرعية: في اللقيط ج٣ ص٧٤.
(٧) مسالك الأفهام: في أحكام اللقيط ج ١٢ ص ٤٧٣.

أو على دكّةٍ هو عليها، ولا بالكنز تحته وإن كان معه رقعة أنّـه له على إشكال.

قوله: ﴿أو على دكّةٍ هو عليها﴾ قال في «الشرائع»: عدم القضاء له هنا أوضح[١]. وقال في «المبسوط»: وفي الناس من قال: لو كان المنبوذ مطروحاً على دكّة فما يكون على الدكّة تكون يده عليه[٢]. ولم يتعقّبه بشيء، فما حكاه عنه في «الكفاية[٣]» من أنّه حكم له به مطلقاً لم يصادف محلّه.

قوله: ﴿ولا بالكنز تحته﴾ بلا خلاف فيه كما في «المبسوط[٤]». وفي «جامع المقاصد» أنّه لا يد لمن جلس على أرضٍ مباحة مدفون فيها كنز بالنسبة إلى الكنز قطعاً. وهو يجري مجرى الإجماع، أمّا لو كان الكنز في بيتٍ مملوك له باعتبار كون يده عليه فإنّ يده عليه، فيكون مملوكاً له[٥].

[حكم ما لو كانت له رقعة على الكنز]

قوله: ﴿وإن كان معه رقعة أنّه له على إشكال﴾ كما في «التحرير[٦]» أيضاً. وقرّب في «التذكرة» حينئذٍ أنّه له، لأنّه في الأمارة والدلالة على تخصيص اللقيط أقوى من الموضوع تحته[٧]. وقد حكى ذلك عن المبسوط في «المسالك[٨]» ولم أجده فيما عندنا من نسخه. وقد سمعت ما في «الدروس» آنفاً. وقرّب في «الإيضاح» العدم، لأنّ الرقعة ليست بيد[٩]. وفي «جامع المقاصد» أنّ الأصحّ أنّه إن

---

(١) شرائع الإسلام: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٢٨٥.

(٢ و٤) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٣٧.

(٣) كفاية الأحكام: في أحكام الملتقط ج ٢ ص ٥٢٣.

(٥) جامع المقاصد: في اللقطة ج٦ ص ١١٤. (٦) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٣.

(٧) تذكرة الفقهاء: في أحكام الالتقاط ج ٢ ص ٢٧٢ س ٣٤.

(٨) مسالك الأفهام: في أحكام اللقيط ج ١٢ ص ٤٧٣. (٩) إيضاح الفوائد: في اللقطة ج ٢ ص ١٤٠.

فإن لم يكن له مال استعان الملتقط بالسلطان،

أثمرت الكتابة ظنّاً قويّاً كالصكّ الّذي تشهد القرائن بصحّته خصوصاً إن عرف فيه خطّ مَن يوثق به عمل بها فإنّا نجوّز العمل في الاُمور الدينية بخطّ الفقيه إذا أمن من تزويره وإنّما يثمر الظنّ القويّ. هذا إذا لم يكن له معارض من يدٍ اُخرى ولا دعوى مدّعٍ ولا قرينة اُخرى تشهد بخلاف ذلك، وإلّا فلا[1]. ونحوه ما في «المسالك» كما تقدّم. واختاره في «مجمع البرهان[2]» ونفى عنه البُعد في «الكفاية[3]».

وقد جعل الإشكال في «جامع المقاصد» راجعاً إلى جميع ما تقدّم كما هو الظاهر لعدم الفارق قال: أي لا يحكم له بشيء من المذكورات وإن كان معه رقعة مكتوب فيها إنّ ذلك الشيء له على إشكال ينشأ من انتفاء اليد وإمكان تزوير الخطّ وانتفاء حجّته ومن أنّه أمارة[4]، انتهى. لكن إشكال «التحرير» ومقرّب «التذكرة» إنّما ذكر في الكنز تحته. وزاد في «التحرير» ما كان بعيداً عنه في غير ملكه[5]. ولا يشترط في ذلك أيضاً كون الرقعة معه، بل لو كانت في المتاع أو كان مكتوباً عليه لا يتفاوت الحال على الأقوال، ولذلك قال في «التذكرة»: ولو وجد معه أو في ثيابه[6] وقال في «الدروس»: كالكتابة عليه[7] أي المتاع. وقال في «جامع المقاصد»: إنّ عبارة الكتاب قاصرة[8]. وفيه: أنّه ليس معنى «معه» أنّه متّصل به فإنّه إذا كان عنده أو في متاعه يقال: إنّه معه.

[حكم ما لو لم يكن للّقيط مال]

قوله: ﴿فإن لم يكن له مال استعان الملتقط بالسلطان﴾ كما في

(١ و٤ و٨) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١١٤.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٢٢.
(٣) كفاية الأحكام: في أحكام الملتقط ج ٢ ص ٥٢٣. (٥) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٣ ص ٤٥٣.
(٦) تذكرة الفقهاء: في أحكام الالتقاط ج ٢ ص ٢٧٢ س ٣٣.
(٧) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٤.

«المقنعة[١] والنهاية[٢] والمراسم[٣] والوسيلة[٤] والسرائر[٥] والشرائع[٦] والنافع[٧] والإرشاد[٨] والدروس[٩] واللمعة[١٠] وجامع المقاصد[١١] والمسالك[١٢] والروضة[١٣]» وكذا «الغنية[١٤]» وهو المحكي[١٥] عن أبي عليّ والقاضي. وهو على الظاهر معنى قوله في «المبسوط[١٦] والتذكرة[١٧] والتحرير[١٨]»: أنفق عليه السلطان من بيت المال، وفي الأوّل: أنّه لا خلاف فيه[١٩]. ولعلّه لا ينحصر في بيت المال. فيجوز من الزكاة مطلقاً أو من سهم الفقراء أو المساكين أو سهم سبيل الله سبحانه وتعالى، بل قد يقال[٢٠]: لايجوز الإنفاق عليه من بيت المال، لأنّه معدّ لما لا وجه له سواه، واللقيط يجوز أن يكون رقيقاً فنفقته على سيّده أو حرّاً له مال أو قريب، فيستقرض له الإمام من

---

(١) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٨.
(٢) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٢.
(٣) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٥.
(٤) الوسيلة: في بيان اللقطة والضالّة ص ٢٧٧.
(٥) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٧.
(٦) شرائع الإسلام: في الملتقط ج ٣ ص ٢٨٤.
(٧) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٣.
(٨) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقيط ج ١ ص ٤٤١.
(٩) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٤.
(١٠) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٧.
(١١) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١١٤.
(١٢) مسالك الأفهام: في شروط الملتقط ج ١٢ ص ٤٧٠.
(١٣) الروضة البهية: في وظيفة الملتقط ج ٧ ص ٧٥.
(١٤) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٤.
(١٥) الحاكي عنهما هو العلّامة في مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٤.
(١٦ و١٩) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٣٩.
(١٧) تذكرة الفقهاء: في أحكام الالتقاط ج ٢ ص ٢٧٣ س ١.
(١٨) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٩.
(٢٠) القائل هو العلّامة في تذكرة الفقهاء: في أحكام الالتقاط ج ٢ ص ٢٧٢ س ٤٠ ـ ٤١.

فإن تعذّر استعان بالمسلمين.

بيت المال أو آحاد الناس، فإن ظهر أنّه حرّ لا مال له ولا قريب قضي من سهم الفقراء أو المساكين أو الغارمين.

وهذا ـ أي رفع أمره إلى السلطان ـ إنّما هو إذا لم يتبرّع هو ـ أي الملتقط ـ ولم يجد مَن يتبرّع، فيكون واجباً كما هو صريح بعضهم [١] وظاهر الأكثر [٢]. وما في «المقنعة [٣] والنهاية [٤]» من أنّه ينبغي له أن يرفع خبره إلى السلطان، مراد به الوجوب وإلّا جاز له الاقتصار على الإنفاق من ذلك المتبرّع.

قوله: ﴿فإن تعذّر استعان بالمسلمين﴾ كما في «المقنعة [٥] والنهاية [٦] والمراسم [٧] والوسيلة [٨] والسرائر [٩] والشرائع [١٠] والنافع [١١] والتحرير [١٢] والإرشاد [١٣]

---

(١) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١١٤، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في شروط الملتقط ج ١٢ ص ٤٧٠، والطباطبائي في رياض المسائل: في اللقيط ج ١٢ ص ٣٨٩.

(٢) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في الملتقط ج ٣ ص ٢٨٣، والصيمري في غاية المرام: في اللقيط ج ٤ ص ١٤٤، والشهيد في الدروس الشرعيّة: في اللقيط ج ٣ ص ٧٤.

(٣ و ٥) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٨.

(٤ و ٦) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٢ و ٣٢٣.

(٧) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٥.

(٨) ظاهر عبارة الشارح ﷺ يفيد أنّ صاحب الوسيلة أيضاً ممّن صرّح بذلك إلّا أنّا لم نجد في عبارته ما يكون صريحاً بل ولا ظاهراً في ذلك وإنما يمكن أن يستظهر ما ذكره من عبارته فإنّ ما يمكن استفادة الحكم المذكور منه هو عبارته: فالحرّ لم يملك بالوجدان، فإذا التقط حرّاً صغيراً رفع خبره إلى الحاكم لينفق عليه، فإن لم يجد أنفق هو عليه إن لم يعنه أحد، انتهى. الوسيلة: ص ٢٧٧ وذلك لأنّ قوله «إن لم يعنه أحد» بمعنى أنّه إن أعانه أحد على الإنفاق فهو جائز فضلاً عمّا إذا تبرّع عليه بالإنفاق أجمع، فراجع وتأمّل.

(٩) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٧.

(١٠) شرائع الإسلام: في الملتقط ج ٣ ص ٢٨٤.

(١١) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٣.

(١٢) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٩.

(١٣) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقيط ج ١ ص ٤٤١.

ويجب عليهم بذل النفقة على الكفاية،

والدروس[1] واللمعة[2] والتنقيح[3] وجامع المقاصد[4] والروضة[5] ومجمع البرهان[6]» وكذلك «الغنية[7] والمسالك[8] والكفاية[9]» وهو المحكي[10] عن أبي عليّ والقاضي. وفي الأخيرين: فإن تعذّر ووجد مَن ينفق عليه من الزكاة جاز، وإلّا استعان بالمسلمين.

ولا يخفى أنّ الاستعانة بهم واجبة أيضاً إذا لم يتبرّع ولم يجد مَن يتبرّع، وتعذّر الاستعانة بالسلطان إمّا لعدم الوصول إليه أو لكونه لا مال عنده أو لأنّ ما عنده يجب صرفه فيما هو أهمّ.

قوله: ﴿ويجب عليهم بذل النفقة على الكفاية﴾ هذا هو المشهور كما في «المسالك[11]» وعليه الفتوى كما في «التنقيح[12] والمسالك[13]» أيضاً. وهو منهم كما في «المسالك[14]» أيضاً و«الكفاية[15]».

وإنّما جاز له الاستعانة بهم مع كونه كأحدهم لرجاء أن يوجد فيهم متبرّع، إذ لا يجب عليه التبرّع، فإن اتفق المتبرّع وإلّا كان الملتقط وغيره سواء في الوجوب،

(١) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٤.
(٢) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٧.
(٣ و١٢) التنقيح الرائع: في اللقيط ج ٤ ص ١٠٨.
(٤) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١١٤.
(٥) الروضة البهية: في وظيفة الملتقط ج ٧ ص ٧٥.
(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤١٩.
(٧) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٤.
(٨ و١١ و١٣ و١٤) مسالك الأفهام: في شروط الملتقط ج ١٢ ص ٤٧٠.
(٩ و١٥) كفاية الأحكام: في أحكام الملتقط ج ٢ ص ٥٢٣.
(١٠) الحاكي عنهما هو العلّامة في مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٤، المهذّب: في اللقطة ج ٢ ص ٥٦٩.

لأنّه من باب إعانة المضطرّ الواجبة كفايةً في جميع الأبواب.

وتردّد في «الشرائع[1]» في وجوبه كفاية. ونحوه ما في «المبسوط» حيث قال: قيل فيه قولان، أحدهما على سائر الناس، والثاني أنّه يستقرض عليه[2]. وفي «الدروس» أنّ توقّف المحقّق ضعيف[3]. قلت: إن كان توقّفه في أصل الوجوب على الكفاية لأنّه ممّن يذهب إلى استحباب الالتقاط فالتضعيف في محلّه، وهو الّذي فهمه الفاضل المقداد[4] وغيره[5]، وإن كان التوقّف في تعيين التبرّع كما فهمه صاحب «المسالك[6]» فالتوقّف في محلّه، بل الواجب على هذا الحكم بالوجوب، لأنّ الواجب رفع حاجة المحتاج بالقرض له أو التبرّع عليه، فكان شبيه البذل للمضطرّ فإنّه بالعوض عندهم، لاحتمال أن يكون هذا ذا مال أو ذا قريب أو رقيقاً كما مرّ بيانه. وهذا ظاهر الجماعة كما سيتّضح حاله. وبه صرّح في «التذكرة[7] وجامع المقاصد[8]» وهو الموافق للقواعد، فما فهمه من الشرائع في «المسالك[9]» وشهرته المدّعاة خطأ في خطأ. والحاصل: أنّ كلامه غير منقّح فليلحظ بعين التحقيق.

وقال في «الدروس»: الملتقط إذا احتاج إلى الاستعانة بالمسلمين رفع أمره إلى الحاكم ليعيّن مَن يراه، إذ التوزيع غير ممكن، والقرعة إنّما تكون في المنحصر[10].

وقال في «التذكرة»: ولو احتاج الإمام إلى التقسيط على الأغنياء قسّط مع إمكان

(١) شرائع الإسلام: في الملتقط ج ٣ ص ٢٨٤ ـ ٢٨٥.
(٢) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٣٩.
(٣) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٤.
(٤) التنقيح الرائع: في اللقيط ج ٤ ص ١٠٨.
(٥) كالطباطبائي في رياض المسائل: في اللقيط ج ١٢ ص ٣٨٩.
(٦ و ٩) مسالك الأفهام: في شروط الملتقط ج ١٢ ص ٤٧١ و ٤٧٠.
(٧) تذكرة الفقهاء: في أحكام الالتقاط ج ٢ ص ٢٧٣ س ١ ـ ٩.
(٨) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١١٥.
(١٠) الدروس الشرعية: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٧٧.

فإن تعذّر أنفق الملتقط، فإن نوى الرجوع رجع، وإلّا فلا.

الاستيعاب[١]. وكأنّه غير ما في الدروس. وقال في «التذكرة»: ولو كثر وتعذّر التوزيع ضربها على ما يراه بحسب اجتهاده. والمراد أغنياء تلك البلدة. ولو احتاج إلى الاستعانة بغيرهم استعان[٢]، انتهى.

وقال في «الدروس»: ولا رجوع لمن يعيّن عليه الإنفاق، لأنّه يؤدّي فرضاً، وربّما احتمل ذلك جمعاً بين صلاحه في الحال وحفظ مال الغير، وقد أومى إليه في المبسوط، ويتّجه على قول المحقّق بالاستحباب الرجوع. ويؤيّده أنّ مطعم الغير في المخمصة يرجع عليه إذا أيسر. ولو قلنا بالرجوع فمحلّه بيت المال أو مال المنفق عليه أيّهما سبق أخذ منه[٣]، انتهى. وهو محتاج إلى الدليل في بعض ذلك، فليتأمّل.

هذا وقد عرفت أنّه لا يجب عليه ـ أي الملتقط ـ ولا على المسلمين التبرّع، ولمّا كان يرجى وجود متبرّع أو متصدّق منهم ولم يجز له الإنفاق على قصد الرجوع قبل اليأس من المتبرّع صحّ الترتيب، وهو الوجوب على المسلمين أوّلاً وهو منهم، فإن تعذّرت إعانتهم تبرّعاً أنفق الملتقط ورجع إذا نوى كما أشار إليه المصنّف بقوله «فإن تعذّر أنفق».

قوله: ﴿فإن تعذّر أنفق الملتقط، فإن نوى الرجوع رجع، وإلّا فلا﴾ كما في «المقنعة[٤] والنهاية[٥] والمراسم[٦] والوسيلة[٧] والغنية[٨] والشرائع[٩]

(١ و ٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام الالتقاط ج ٢ ص ٢٧٣ س ٩.
(٣) الدروس الشرعية: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٧٧.
(٤) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٨.
(٥) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٣.
(٦) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٥.
(٧) الوسيلة: في بيان اللقطة والضالّة ص ٢٧٧.
(٨) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٤.
(٩) شرائع الإسلام: في الملتقط ج ٣ ص ٢٨٥.

والتحرير[١] والإرشاد[٢] والدروس[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥] والروضة[٦] ومجمع البرهان[٧]» وكذا «اللمعة[٨] والتنقيح[٩]» وهذه كلّها قد وافقت الكتاب في الترتيب والتفريع. وظاهرها أنّه إذا تعذّر المسلمون إمّا لعدم إمكان الوصول إليهم، أو لكون مَن حضر منهم لا مال عنده أنفق هو، لكن قال في «جامع المقاصد»: ينبغي أن يراد فإن تعذّرت إعانة المسلمين تبرّعاً أنفق الملتقط ورجع إذا نوى الرجوع ... إلى آخره، لأنّهم إذا بذلوا النفقة قرضاً لم يكن بينهم وبين الملتقط فرق بالنسبة إلى مصلحة اللقيط، فلا وجه لتوقّف إنفاقه فرضاً[١٠]. ونظره إلى ما عرفته آنفاً من أنّ الاستعانة إنّما هي لرجاء وجود المتبرّع فيهم. وينبغي أخذ ذلك في كلام الجميع. وهذا يقضي بأنّهم قائلون بأنّه لا يجب التبرّع كفايةً وإنّما يجب عليهم رفع الحاجة ولو قرضاً كما تقدّم[١١]. فشهرة المسالك[١٢] لم تصادف محزّها.

واستشكل في «الكفاية» في رجوعه إذا نوى الرجوع[١٣]، ولم يتعرّض له في «المبسوط» وما حكي[١٤] عنه من أنّه لا ترجيح فيه لم نجده. وحكى الخلاف جماعة[١٥]

(١) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٩.
(٢) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقيط ج ١ ص ٤٤١.
(٣) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٤.
(٤ و١٠) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١١٥.
(٥) مسالك الأفهام: في شروط الملتقط ج ١٢ ص ٤٧١.
(٦) الروضة البهية: في وظيفة الملتقط ج ٧ ص ٧٦.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٢٠.
(٨) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٧.
(٩) التنقيح الرائع: في اللقيط ج ٤ ص ١٠٨.
(١١) تقدّم في ص ٥٥٨ و٥٦٠.
(١٢) تقدّم في ص ٥٥٩.
(١٣) كفاية الأحكام: في أحكام الملتقط ج ٢ ص ٥٢٣.
(١٤) الحاكي عنه هو الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في شروط الملتقط ج ١٢ ص ٤٧١.
(١٥) منهم العلّامة في تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٩، والمقداد في التنقيح الرائع: في ←

عن ابن إدريس، قالوا: إنّه قال: إنّه لا يرجع مع نيّة الرجوع وإن أشهد لتبرّعه، ولم أجده في «السرائر[١]» تعرّض له إلّا في الضالّة. ولعلّهم فهموا منه عدم الفرق كما يعطيه أوّل كلامه.

ويدلّ على ما عليه الأصحاب بعد الإجماع المحصّل والمنقول في «المختلف[٢]» قول الصادق عليه‌السلام في صحيحة عبدالرحمن العرزمي: المنبوذ حرّ فإذا كبر فإن شاء تولّى (يوالي ـ خ ل) الّذي التقطه، وإلّا فليردّ عليه النفقة وليذهب فليوال مَن شاء[٣]. ولعلّ الشرط مبنيّ على الغالب، وقوله عليه‌السلام في خبر حاتم بن إسماعيل: وإن طلب منه الّذي ربّاه النفقة وكان موسراً ردّ عليه، وإن كان معسراً كان ما أنفق عليه صدقة[٤]. وفي صحيحة ابن محبوب: ولكن تستخدمها بما أنفقته عليها[٥].

وقال في «المختلف» في ردّ ابن إدريس: لولا ذلك لزم الإضرار بالملتقط أو اللقيط، وهو منفيّ بالإجماع وبالخبر، لأنّه إمّا أن تجب النفقة على الملتقط أو لا، والأوّل باطل لأنّه ضرر عليه وهو خرق للإجماع أيضاً إذ لم يوجبه أحد مجّاناً، والثاني باطل أيضاً لأنّه ضرر على الصبيّ إذ الملتقط ترك ما ليس بواجب فيؤدّي إلى تلف الصبيّ وهو باطل بالإجماع[٦].

وقوّى جماعة[٧] عدم اشتراط الإشهاد في جواز الرجوع، وقرّب الاشتراط في موضع من «التذكرة[٨]» ولم يذكره في موضع آخر مثله. وتردّد في «التحرير[٩]». وأوّل

← اللقيط ج ٤ ص ١٠٨، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١١٥.

(١) بل هو موجود في السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٧ ـ ١٠٨.

(٢ و٦) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٥.

(٣ ـ ٥) وسائل الشيعة: ب ٢٢ من أبواب اللقطة ح ٣ و٢ و٤ ج ١٧ ص ٣٧١ و٣٧٢.

(٧) منهم السبزواري في الكفاية: في اللقطة ج ٢ ص ٥٢٣، والشهيد الثاني في الروضة البهية: في وظيفة الملتقط ج ٧ ص ٧٦، والطباطبائي في رياض المسائل: في اللقيط ج ١٢ ص ٣٩٠.

(٨) تذكرة الفقهاء: في أحكام الالتقاط ج ٢ ص ٢٧٣ س ٣٩.

(٩) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٩.

ولو ترك الاستعانة مع إمكانها فلا رجوع.

ولو ظهر رقّه رجع ـ مع عدم التبرّع ـ على سيّده،

مَن اعتبره ابن إدريس[١] في أوّل كلامه. وما حكاه عنه في «التنقيح[٢]» غير صحيح.

وكذا الحال فيما إذا أنفق غير الملتقط مع نيّة الرجوع فإنّ له ذلك كما في «التحرير[٣] والمسالك[٤]» بل يُفهم ذلك ممّا تقدّم.

قوله: ﴿ولو ترك الاستعانة مع إمكانها فلا رجوع﴾ كما في «المقنعة[٥] والنهاية[٦] والشرائع[٧] والتحرير[٨] والإرشاد[٩]» وغيرها[١٠]، وذلك إذا كانت الإعانة تبرّعاً، فلو قطع بانتفاء التبرّع فلا مانع من الرجوع.

قوله: ﴿ولو ظهر رقّه رجع ـ مع عدم التبرّع ـ على سيّده﴾ كما نبّه عليه في «التذكرة[١١]» عند الكلام على استقراض الإمام.

وفي «جامع المقاصد» أنّ ظاهر العبارة أنّ التفصيل السابق آتٍ هنا، وهو مقتضى إطلاق كلامهم، ويحتمل إلحاق المملوك الملتقط بالوديعة، فمتى لم يجد مالاً للمالك وتعذّر استيذان المالك والحاكم أنفق ونوى الرجوع، ولا حاجة إلى الاستعانة بالمسلمين[١٢]، انتهى. قلت: إن أراد كلامهم السابق فهو صريح في الحرّ حيث قال جماعة كما عرفت[١٣]: ينفق عليه من ماله، فإن لم يكن له استعان بالسلطان ... إلى آخره، وهذا صريح في أنّه حرّ، لأنّ العبد لا مال له على المعروف

---

(١) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٧. (٢) التنقيح الرائع: في اللقيط ج ٤ ص ١٠٨.

(٣ و٨) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٩.

(٤ و١٠) مسالك الأفهام: في شروط الملتقط ج ١٢ ص ٤٧١.

(٥) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٨. (٦) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٣.

(٧) شرائع الإسلام: في الملتقط ج ٣ ص ٢٨٥. (٩) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقيط ج ١ ص ٤٤١.

(١١) تذكرة الفقهاء: في أحكام الالتقاط ج ٢ ص ٢٧٢ السطر الأخير.

(١٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١١٦. (١٣) تقدّم في ص ٥٥٨.

وعليه مع الحرّية إن كان موسراً أو كسوباً، وإلّا فمن سهم الفقراء أو الغارمين.

بينهم. ثمّ إنّهم في أوّل كلامهم قرّروا أنّ الأصل في اللقيط الحرّية، قال الشيخان[١] وغيرهما[٢]: إذا وجد مسلم لقيطاً فهو حرّ غير مملوك، وينبغي له أن يرفع خبره إلى السلطان لينفق عليه من بيت المال، فإن لم يجد استعان بالمسلمين ... إلى آخره، وإن أراد كلامهم في خصوص الفرع فلم نجد مَن تعرّض له سوى المصنّف هنا وفي «التذكرة» في مقام آخر كما عرفت[٣] آنفاً.

قوله: ﴿وعليه مع الحرّية إن كان موسراً أو كسوباً﴾ كما نبّه عليه في «التذكرة[٤]» أيضاً. وهذا إذا اكتسب وفضل من كسبه عن مؤنته المستثناة في الدَين شيء، لأنّ الاكتساب للدَين غير واجب كما سبق[٥] وكما نبّه عليه في «جامع المقاصد[٦]».

قوله: ﴿وإلّا فمن سهم الفقراء أو الغارمين﴾ كما نبّه عليه أيضاً في «التذكرة[٧]». وقال في «جامع المقاصد»: أي يرجع عليه إن لم يكن موسراً ولا كسوباً من سهم الفقراء أو الغارمين مخيّراً في الأمرين لتحقّق كلّ من الوصفين فيه. ويشكل بأنّ الرجوع عليه يُفهم منه ثبوت ذلك جزماً، ولا يستقيم ذلك في سهم الفقراء، لأنّ قبض الفقير الزكاة ممّا يتوقّف عليه الملك، وهو نوع اكتساب فلا يجب، ويبعد جواز أخذ المنفق ذلك بدون قبض اللقيط لتوقّف ملكه له على قبضه. نعم يتصوّر ذلك في سهم الغارمين، لأنّ صيرورته ملكاً للمديون غير شرط، فيجوز الدفع إلى صاحب الدَين وإن لم يقبضه المديون. ولو حملت العبارة على أنّ المراد كون الرجوع باختيار اللقيط، فمع أنّه خلاف المتبادر لم يستقم ذلك بالنسبة إلى سهم الغارمين[٨]، انتهى.

---

(١) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٨، النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٢.

(٢) كالسرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٧. (٣) تقدّم في ص ٥٦٣ ـ ٥٦٤.

(٤ و٧) تذكرة الفقهاء: في أحكام الالتقاط ج ٢ ص ٢٧٢ و٢٧٣ السطر الأخير و١ و٧.

(٥) تقدّم في الدين ج ١٥ ص ٣٢ ـ ٢٦. (٦) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١١٦.

(٨) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١١٦ ـ ١١٧.

وليس للملتقط الإنفاق من مال اللقيط بدون إذن الحاكم، فإن بادر بدونه ضمن إلّا مع التعذّر.

قلت: يقبضه الحاكم أو يأذن للملتقط بقبضه. وهذا بعد بلوغه، أمّا قبله فلا يمكن الرجوع عليه. نعم يمكن الأخذ من ماله بإذن الحاكم أو من سهم الغارمين.

[حكم إنفاق مال اللقيط عليه]

قوله: ﴿وليس للملتقط الإنفاق من مال اللقيط بدون إذن الحاكم، فإن بادر بدونه ضمن إلّا مع التعذّر﴾ هذا هو المعروف من مذهبهم كما في «الكفاية[1]» وبه صرّح في «المبسوط[2] والشرائع[3] والتذكرة[4] والتحرير[5] والإرشاد[6] والمسالك[7] والدروس[8] واللمعة[9] والروضة[10]» غير أنّ في الثلاثة الأخيرة لم يذكر فيها أنّه يضمن إن أنفق بدون إذنه وأنّه لا ضمان مع تعذّر الحاكم، لكنّ ذلك قضيّة كلامهما. وهذا الأخير لم يذكر أيضاً في المبسوط، قالوا: لأنّه لا ولاية له على ماله وإنّما له حقّ الحضانة، فإذا أنفق كان كمن أنفق مال الغير بغير حقّ كرجل عنده وديعة فأبق عبد المودع، فأنفق الوديعة على الآبق فإنّه يكون خائناً، كذا في «المبسوط[11]» وغيره[12]. ومثله في «التذكرة» بمن عنده وديعة لليتيم فأنفقها عليه[13].

---

(١) كفاية الأحكام: في أحكام الملتقط ج ٢ ص ٥٢٣.

(٢) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٣٨.

(٣) شرائع الإسلام: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٢٨٥ ـ ٢٨٦.

(٤ و١٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام الالتقاط ج ٢ ص ٢٧٣ س ٢٣ و٢٤.

(٥) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٤٩. (٦) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقيط ج ١ ص ٤٤١.

(٧ و١٢) مسالك الأفهام: في أحكام اللقيط ج ١٢ ص ٤٧٤.

(٨) الدروس الشرعية: في اللقيط ج ٣ ص ٧٤. (٩) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٨.

(١٠) الروضة البهية: في وظيفة الملتقط ج ٧ ص ٧٥ و٧٨.

(١١) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٣٨.

ولا يفتقر في احتفاظه إلى الإذن.

وقد يقال[١]: إنّ له ذلك للأصل ولولايته عليه في الجملة ولأنّه من باب الأمر بالمعروف، فيستوي فيه الحاكم وغيره كإراقة الخمر، وفي صحيحة محمّد بن إسماعيل ابن بزيع[٢] ما يدلّ على جواز بيع مال الطفل عند عدم الوصيّ من دون قيد تعذّر الحاكم إذا كان المتصرّف ثقة[٣]. ومثله رواية سماعة[٤] وصحيحة ابن رئاب[٥]. وتمام الكلام قد تقدّم في باب الحجر[٦]. ولا ريب أنّ غير الملتقط كالملتقط في احتياجه إلى الإذن.

قوله: ﴿ولا يفتقر في احتفاظه إلى الإذن﴾ قد عرفت أنّه صرّح في «المبسوط[٧] والشرائع[٨] والتذكرة[٩] والمسالك[١٠] ومجمع البرهان[١١]» أنّه لا ولاية

---

(١) القائل هو العلّامة في تذكرة الفقهاء: في أحكام الالتقاط ج ٢ ص ٢٧٣ س ١٧.

(٢) وسائل الشيعة: ب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه ح ٢ ج ١٢ ص ٢٧٠.

(٣) بل الظاهر من الصحيحة هو الحكم بالإنفاق وما في حكمه عند تعذّر الحاكم الشرعي المقبول عند الشرع فإن المفروض فيه الحكم بجواز تصرّف عبدالحميد الّذي هو أحد الشيعة في مال من لم يوص على وفق المصلحة بأمرقاض الكوفه الّذي لا اعتبار به عندنا وهو كان لم يكن فالحكم المذكور بقرينة مورده مقيّد بتعذّر الحاكم ولو قلت ان الظاهر من سيرة الأئمة قبول هؤلاء القضاة ولو عند الإعواز فنقول المورد يفسّر الحكم بما إذا اذن له الحاكم في التصرّف فالخبر بأيّ تفسير كان لا يوافق ما ادّعاه. نعم خبر علي بن رئاب ظاهره الإطلاق فإن مورده وجود القيّم أو الوليّ من غير تصريح بوجود الحاكم وعدمه كما أنّ ظاهر خبر إسماعيل بن سعد أيضاً كذلك فراجع وتأمّل.

(٤ و ٥) وسائل الشيعة: ب ٨٨ في أحكام الوصايا ح ٢ و ١ ج ١٣ ص ٤٧٤.

(٦) تقدّم في ج ١٦ ص ٨٢ ـ ٨٣ هامش ١٨ وص ٢٥٨ هامش ٢ و ٣.

(٧) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٣٨.

(٨) شرائع الإسلام: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٢٨٦.

(٩) تذكرة الفقهاء: في أحكام الالتقاط ج ٢ ص ٢٧٣ س ٢٤ و ١٦.

(١٠) مسالك الأفهام: في أحكام اللقيط ج ١٢ ص ٤٧٤.

(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٢٣.

ولو اختلفا في قدر الإنفاق قُدّم قول الملتقط مع يمينه في قدر المعروف،

له على ماله، فيفتقر في احتفاظه إلى الإذن كما قرّبه في موضع من «التذكرة» قال: الأقرب عندي أنّ الملتقط لا يستولي على حفظه، بل يحتاج إلى إذن الحاكم، لأنّ إثبات اليدعلى المال إنّما يكون بولاية إمّا عامّة أو خاصّة، ولا ولاية للملتقط، ولهذا أوجبنا الرجوع إلى الحاكم في الإنفاق، وقد يؤوّل كلام المبسوط وما وافقه بأنّ المنفي ولاية التصرّف لا ولاية الحفظ، لأنّه مستقلّ بحفظ نفسه فماله أولى، فكان أولى من الحاكم[1].

[في ما لو اختلف في قدر الإنفاق]

قوله: ﴿ولو اختلفا في قدر الإنفاق قُدّم قول الملتقط مع يمينه في قدر المعروف﴾ كما في «المبسوط[2] والشرائع[3] والتذكرة[4] والدروس[5] وجامع المقاصد[6]» لأنّه أمين، والظاهر يساعده، لأنّه يحتاج إلى النفقة بالمعروف ولابدّ له منها، ومع ذلك قوله ليس بخارج عن العرف، فكان كالوصيّ في قبول قوله في الإنفاق على الصبيّ ونحوه. وليس المقام ممّا قدّم فيه الظاهر بمجرّده على الأصل، بل مع الأمانة. والمراد بالأصل أصل العدم

(١ و ٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام الالتقاط ج ٢ ص ٢٧٣ س ١١ ـ ١٣ و ٣٥.
(٢) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٣٩ ـ ٣٤٠.
(٣) شرائع الإسلام: في أحكام النزاع ج ٣ ص ٢٨٧.
(٥) الدروس الشرعية: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٧٧.
(٦) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١١٧ ـ ١١٨.

وكذا في أصل الإنفاق وإن كان للملقوط مال.

فيما زاد عن قدر الضرورة، فكان القاطع له الدليل لا أنّهم قدّموا الظاهر عليه ولم يلتفتوا إليه كما قد تعطيه عبارة «جامع المقاصد». نعم لا يسمع قوله فيما زاد على قدر المعروف، لأنّه يكون خائناً مفرطاً، ولا يحلف إلّا أن يدّعي الحاجة وينكرها اللقيط. والمراد بـ«قدر المعروف» ما كان على وجه يقتضيه عرف ذلك البلد في مثل ذلك الولد. ولا فرق في ذلك بين كونه من مال الملتقط أو من مال اللقيط في صورة الرجوع أو فيما إذا كان قرضاً كما ستعرف.

[فيما لو اختلف في أصل الإنفاق]

قوله: ﴿وكذا في أصل الإنفاق وإن كان للملقوط مال﴾ اللقيط إمّا أن يقول للملتقط: إنّك لم تنفق عليّ أصلاً لا من مالي ولا من مالك، وإنّما المنفق عليّ غيرك تبرّعاً مثلاً، أو: إنّك لم تنفق عليّ من مالك وإنّما النفقة كانت من مالي، والملتقط إمّا أن يدّعي أنّه أنفق عليه من ماله ـ أي اللقيط ـ أو من مال نفسه. والشيخ في «المبسوط[1]» والمحقّق في «الشرائع[2]» إنّما تعرّضا للأوّل، وهو ما إذا ادّعى عليه الإنفاق من ماله ـ أي اللقيط ـ وقالا: القول قول الملتقط مع يمينه، لأنّه أمينه. وعبارة «الكتاب والإرشاد[3]» ظاهرتان في الثاني، وهو ما إذا ادّعى عليه أنّه أنفق عليه من مال نفسه ـ أي الملتقط ـ لأنّ المتبادر منهما أنّه يقدّم قوله فيما إذا ادّعى أنّه أنفق عليه من مال نفسه، سواء كان للّقيط مال أو لم يكن، وهو الّذي فهمه من عبارة الكتاب في

---

(١) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٠.
(٢) شرائع الإسلام: في أحكام النزاع ج ٣ ص ٢٨٧.
(٣) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقيط ج ١ ص ٤٤١ ـ ٤٤٢.

«جامع المقاصد[1]» فلا يكون تعرّض فيها لما في المبسوط، ومن عادتهم تحرير كلامه أو الزيادة عليه، فينبغي أن يكون المراد من العبارة أنّه إن ادّعى أنّه أنفق عليه من ماله ـ أي اللقيط ـ قدّم قوله أو ادّعى أنّه أنفق عليه من مال نفسه قدّم قوله وإن كان له مال. فتكون واوالوصل متعلّقة بأحد الشقّين المفهومين من العبارة دون الآخر.

وفي «مجمع البرهان» فسّر عبارة الإرشاد وهي يصدّق في دعوى الإنفاق بالمعروف ـ وإن كان له مال ـ بالأمرين معاً وقدّم الشقّ الأوّل، قال: أي يصدّق الملتقط في دعوى إنفاق مال اللقيط... إلى آخره[2]. وهذا يؤيّد ما ذكرناه. وعبارة «الدروس» قابلة للأمرين، قال: لو تنازعا بعد بلوغه في الإنفاق حلف الملتقط في أصله وقدر المعروف[3].

وكيف كان، فالوجه في تقديم قول الملتقط في أنّه أنفق عليه من مال نفسه بالمعروف حيث يكون تعذّر عليه الحاكم والاستعانة بالمسلمين ولا مال له ظاهر، إذ الأصل عدم منفق غير الملتقط وأصل عدم الإنفاق لأبويه به مع العلم به، وأمّا مع وجود مال للّقيط فلأنّه لا يسوغ له التصرّف في ماله إلّا بإذن الحاكم، والمفروض تعذّره، والموجود لم يتصوّر الإنفاق منه والأصل عدم غيره. وأمّا مع عدم تعذّر الحاكم كأن يكون قد أذن له أو تمكّن منه ولم يستأذنه فلا تسمع دعوى الإنفاق من مال نفسه كما تقدّم[4]. وذلك كلّه مع كونه بقدر المعروف.

---

(١) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١١٨.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٢٧.

(٣) الدروس الشرعية: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٧٧.

(٤) تقدّم الكلام في ذلك في ص ٥٥٦ ـ ٥٥٩.

(المطلب الثاني) في الأحكام:

وهي أربعة:

الأوّل: النسب، فإن استلحقه الملتقط أو غيره اُلحق به، ولا يُلتفت إلى إنكاره بعد بلوغه، وإن استلحق بالغاً فأنكر لم يثبت.

الثاني: الإسلام، وإنّما يحصل بالاستقلال بمباشرة البالغ العاقل دون الصبيّ وإن كان مميّزاً،

﴿المطلب الثاني: في الأحكام﴾

[فيما لو استلحقه أحد إلى نفسه]

قوله: ﴿وهي أربعة، الأوّل: النسب، فإن استلحقه الملتقط أو غيره اُلحق به، ولا يُلتفت إلى إنكاره بعد بلوغه، وإن استلحق بالغاً فأنكر لم يثبت﴾ قد تقدّم الكلام[1] في ذلك عند قوله: ولو انفردت ... إلى آخره. وكأنّ قوله «وإن استلحق ... إلى آخره» مستطرد، أو يكون المراد استلحاق اللقيط بعد بلوغه.

[في اعتبار إسلام اللقيط وشرائطه]

قوله: ﴿الثاني: الإسلام، وإنّما يحصل بالاستقلال بمباشرة البالغ العاقل دون الصبيّ وإن كان مميّزاً﴾ هذا قوّاه في «المبسوط[2] والمختلف[3]» وجزم به في «التذكرة[4] والتحرير[5] وجامع المقاصد[6] والمسالك[7]»

---

(١) تقدّم في ص ٥١٧.
(٢) المبسوط: في اعتبار إسلام الطفل اللقيط ج ٣ ص ٣٤٥.
(٣) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٨ ـ ١٠٩.
(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٧٣ س ٤٢.
(٥) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥١.
(٦) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١١٩.
(٧) مسالك الأفهام: في أحكام اللقيط ج ١٢ ص ٤٧٥.

وغيرها[١]. ومعنى الاستقلال أن يظهر الشهادتين بالعبارة إن لم يكن أخرس، وبالإشارة المفهمة إن كان أخرس.

وإنّما لم يعتبروا إقرار المميّز لكونه غير مكلّف، فلا يكون إقراره بالشهادتين معتدّاً به كالمجنون وقال الشيخ في «الخلاف» المراهق إذا أسلم حكم بإسلامه، فإن ارتدّ بعد ذلك حكم بارتداده، فإن لم يتب قُتل[٢]. وفي «الدروس» أنّه قريب[٣]. قال في «الخلاف»: دليلنا ما رواه أصحابنا أنّ الصبيّ إذا بلغ عشراً اُقيمت عليه الحدود التامّة واقتصّ منه وتنفذ وصيّته وعتقه[٤]. وذلك عامّ في جميع الحدود. وأيضاً قوله عليه‌السلام: كلّ مولود يولد على الفطرة حتّى يكون أبواهما اللذان يهوّدانه وينصّرانه ويمجّسانه حتّى يعرب عنه بلسانه فإمّا شاكراً وإمّا كفوراً[٥]. وهذا عامّ إلّا ما أخرجه الدليل. واستدلّ أصحاب أبي حنيفة بإسلام عليّ عليه‌السلام وكان غير بالغ وحكم بإسلامه بلا خلاف[٦].

قلت: الاستدلال بالروايتين الاُولتين غير متّجه، لعدم صحّتهما وإعراض الأصحاب عنهما كما بيّنّاه في باب القصاص[٧] وغيره[٨] مع عدم ظهور الدلالة، وأمير المؤمنين عليه سلام ربّ العالمين لا يقاس بالناس، لأنّه وأولاده عليهم‌السلام ليسوا من

---

(١) كظاهر مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٠٩ ـ ٤١١.

(٢ و٦) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٩١ المسألة ٢٠.

(٣) الدروس الشرعية: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٧٩.

(٤) وسائل الشيعة: ب ٢٢ من أبواب الشهادات ح ٣ ج ١٨ ص ٢٥٢.

(٥) مسند أحمد بن حنبل: ج ٢ ص ٢٣٣ وذيل الحديث في ج ٣ ص ٣٥٣، وعوالي اللآلي: ج ١ ص ٣٥ ح ١٨.

(٧) سيأتي في ج ١٠ ص ٣٦٦ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السابع والعشرين.

(٨) الموارد الّتي يذكر فيها بحث الإسلام والكفر والكافر والمسلم هو باب النجاسة والطهارة وباب النكاح وباب الإرضاع وباب الحدود، ونحن لم نعثر على ذكر البحث ولا على ذكر الحديث في الباب الأوّل أي باب النجاسة والطهارة وأمّا الأبواب الاُخر فلم تصل إلينا فراجع في الكتاب لعلّك تجده.

قبيل سائر الناس، والحجّة ـ جعلني الله فداه ـ حجّة وهو ابن خمس سنين، وعيسى عليه السلام كان نبيّاً في المهد، ويحيى عليه السلام نبيّ قبل البلوغ، والأخبار الدالّة على رفع القلم عن الصبيّ حتّى يحتلم [1] دالّة على خلاف ما في الخلاف، مضافاً إلى الأصل بمعانيه الثلاثة.

وفي «مجمع البرهان» أنّ الحكم بإسلام غير المراهق غير بعيد، لعموم: «من قال لا إله إلّا الله محمّد رسول الله صلى الله عليه وآله فهو مسلم» [2] و«قاتلوهم حتّى يقولوا لا إله إلّا الله» [3] وأمثاله كثيرة، وأنّهم إذا قدروا على الاستدلال وفهموا أدلّة وجود الواجب والتوحيد وما يتوقّف عليه ووجوب المعرفة والنظر يمكن أن يجب عليهم ذلك، لأنّ دليل وجوب المعرفة عقلي، ولا استثناء في الأدلّة العقلية، فلا يبعد تكليفهم، بل يمكن أن يجب ذلك، فإذا وجب وجب أن يصحّ منهم، بل يلزم من الحكم بالصحّة وجوبه أيضاً. وحكى فيه عن بعض العلماء بأنّه صرّح بأنّ الواجبات الأُصوليّة العقليّة تجب على الصغير قبل بلوغه دون الفرعيّة، والظاهر أنّ ضابطه القدرة على الفهم والاستدلال على وجهٍ يقنع [4].

قلت: لا ريب أنّ الصبيّ قبل البلوغ ضعيف العقل ناقص البصيرة قد غلبت على عقله الصبوة وغمرته الشهوة، وما يتراءى من قدرة بعض الصبيان فهو سريع الزوال، ولهذا يفعل الأفعال الغير المستقيمة المخالفة لأفعال الرجال كاللعب الّذي يستقبحه إذا بلغ، ولهذا لم يحكموا بردّته، لأنّه قد يعرض له لصبوته وضعف بصيرته شكّ، ولم يكلّفوه بالفروع مع أنّها أهون من الأُصول. فكان في الواقع غير قادر على الاستدلال، والأخبار كشفت عن ذلك، ولا استثناء في الدليل العقلي. وإذا كان الأمر كما قلت فهلّا جزمت به أنت وجزم به الشهيد، مع أنّه مازاد على قوله

(١) وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب مقدّمات العبادة ح ١١ ج ١ ص ٣٢.
(٢) مستدرك الوسائل: ب ١ من أبواب مقدّمة العبادات ج ١ ص ٧٠ ح ٤.
(٣) مجمع البيان: ج ١ ص ١٥٠ ذيل قوله تعالى: «وإذ أخذنا ميثاق ...».
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤١٠ ـ ٤١١.

لكن يفرّق بينه وبين أبويه خوف الاستزلال.

«قريب»[١] إلّا أن تقول: إنّ الدليل الّذي يصيرون به مسلمين ويحصل لهم به كمال الاطمئنان في غاية السهولة، فإنّ قابليّتهم لمعرفة الكمالات والأعمال الدقيقة في غاية الظهور، وعند السعي والجهد في تحصيلها يحصّلونها ويصيرون مَهَرة فيها، واستوضح ذلك في تطريز البنت ونحوه. ويجاب[٢] عن عدم حكمهم بارتداده بأنّه من أحكام الفروع، على أنّه في الخلاف حاكم به، فتأمّل.

نعم هناك إشكال مشترك الإلزام في الاُصول والفُروع وهو أنّ الاُنثى أنقص عقلاً وأوهن نفساً وأضعف رأياً، فكيف فرّق الشارع بينهما فأوجب عليها المبادرة إلى تحصيل المعرفة بالاُصول والفُروع في أوّل تمام تسع سنين؟ وقد قيل[٣] في الجواب: إنّهنّ لنقصان عقولهنّ لو علمن بعدم التكليف كان أدعى لهنّ إلى المعاصي، وأمّا الذكور فلمّا كانوا أكثر تكليفاً وأثقل حملاً لحملهم أثقالهم وأثقالهنّ صحّ في الحكمة أن يكون لهم فسحة ليتنجّذوا ويتجرّبوا، وهو كما ترى. وقد يقال[٤]: إنّ عقل البالغة تسعاً تامّ وافر كعقل المرأة البالغة عشرين، ولا كذلك البالغ أربع عشرة بالنسبة إلى عقل البالغ خمس عشرة.

قوله: ﴿لكن يفرّق بينه وبين أبويه خوف الاستزلال﴾ يريد أنّ الصبيّ المميّز وغيره لا يحكم بإسلامه بالاستقلال بل بالتبعيّة، لكن يفرّق بينهما بأنّ المميّز يفرّق بينه وبين أبويه وجوباً إذا أظهر الشهادتين، وقد قرّبه في «التذكرة[٥]» وجزم به في «التحرير[٦] وجامع المقاصد[٧]» بخلاف مَن لا تمييز له، فإنّه بمنزلة سائر الحيوانات.

(١) الدروس الشرعية: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٧٩.
(٢ ـ ٤) لم نعثر عليه فيما بأيدينا من المصادر، فراجع لعلك تجده.
(٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٧٤ س ١٩.
(٦) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥١. (٧) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١١٩.

وغير المميّز والمجنون لا يتصوّر إسلامهما إلّا بالتبعيّة، وهي تحصل بأُمور ثلاثة:

الأوّل: إسلام أحد الأبوين، فكلّ من انفصل من مسلمٍ أو مسلمةٍ فهو مسلم،

قوله: ﴿وغير المميّز والمجنون لا يتصوّر إسلامهما إلّا بالتبعيّة﴾ لأنّه لا يصحّ إسلامهما مباشرةً إجماعاً كما في «التذكرة[1]» ولا حكم لإسلام الصبيّ بلا خلاف كما في «المبسوط[2]».

[فيما تحصل به تبعية إسلام المميّز والمجنون]

قوله: ﴿وهي تحصل بأُمور ثلاثة﴾ عندنا كما في «التذكرة[3]».

قوله: ﴿الأوّل: إسلام أحد الأبوين، فكلّ من انفصل من مسلمٍ أو مسلمةٍ فهو مسلم﴾ إسلام الأب يكون بشيئين: أحدهما أن يكون مسلماً في الأصل فيتزوّج بكتابيّة متعةً أو دواماً، فولد هذا مسلم بلا خلاف كما في «المبسوط[4]» أي بين المسلمين، وقطعاً كما في «جامع المقاصد[5]». والثاني: أن يكونا مشركَين فيسلم الأب، قال في «المبسوط»: فإذا أسلم الأب حينئذٍ فإن كان حملاً أو ولداً منفصلاً فإنّه يتبع الأب بلا خلاف[6]. ومراده بين المسلمين أيضاً. وهذا يقضي بإسلامه فيما إذا أسلم حال علوقه أو قبله بالأولويّة وإسلام الأمّ لا يكون إلّا بشيءٍ واحد، وهو ما إذا كانا مشركَين فأسلمت هي فإنّه يحكم بإسلام الحمل والولد.

وقد استدلّ عليه في «الخلاف[7] والمبسوط[8]» بإجماع الفرقة وقوله: ﴿والّذين

(١ و٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٧٤ س ٢٣.

(٢ و٤ و٦ و٨) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٥ و٣٤٢.

(٥) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٢٠. (٧) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٩١ مسألة ١٩.

آمنوا ... الآية﴾[١]. والإجماع ظاهر «التذكرة» حيث قال: لا فرق عندنا بين أن يسلم الأب أو الأُمّ[٢]. ونحوه موضع آخر منها حيث قال: لا شكّ في أنّ الولد يحكم بإسلامه إذا كان أبواه أو أحدهما مسلماً بالأصالة أو تجدّد إسلامه حال الولادة. ونقل الخلاف في الولد إذا انفصل عن مالك، قال: لايكون الصغير مسلماً بإسلام الأمّ بل بإسلام الأب، ووافق في الحمل. ونقل الخلاف عن الشافعيّة في أحد وجهيها في الحكم بإسلام الولد الّذي تجدّد تكوّنه قبل إسلام أحد أبويه ثمّ أسلم أحد أبويه قبل بلوغه، فلمّا بلغ أعرب بالكفر فإنّهم قالوا: إنّه كافر أصلي لا مسلم مرتدّ لا عن فطرة ولا ملّة، لأنّه كافر محكوم بكفره أوّلاً وأُزيل بالتبعيّة[٣]. وهذا لم يذهب إليه أحد من طائفتنا.

وأمّا المرتدّ عن فطرة فقد عرّفه في عدّة مواضع من «كشف اللثام» بأنّه من انعقد حال إسلام أحد أبويه أو أسلم أحد أبويه وهو طفل، ثمّ بلغ ووصف الإسلام كاملاً ثمّ ارتدّ، قال: وإنّما فسّرناه بما ذكرنا لنصّهم على أنّ من ولد على الفطرة فبلغ فأبى الإسلام استتيب. قال: لأنّه لا عبرة بعبارته ولا باعتقاده قبل البلوغ[٤]. قلت: ممّن نصّ على الاستتابة الشيخ في «المبسوط[٥]» في المقام وغيره[٦].

ويدلّ عليه أنّ الأدلّة الدالّة على حكم الفطري إنّما تدلّ على مَن كان مسلماً مولوداً من مسلمَين أو من مسلم وكافر وأسلم إسلاماً حقيقياً بأن بلغ وأظهر الإسلام ثمّ ارتدّ، ففي الصحيح: قرأت بخطّ رجل إلى أبي الحسن عليه‌السلام: رجل ولد على الإسلام ثمّ كفر وأشرك وخرج عن الإسلام هل يستتاب أو يُقتل ولا يستتاب؟

---

(١) الطور: ٢١.

(٢ و٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٧٤ س ٢٨ و٣٠ و٤١.

(٤) كشف اللثام: في أحكام المرتدّ ج ١٠ ص ٦٦١.

(٥) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٣.

(٦) المبسوط: في المرتدّ ج ٧ ص ٢٨٥.

فكتب عليه‌السلام: يُقتل [١]. وصحيح عليّ بن جعفر سأل أخاه موسى عليه‌السلام عن مسلم تنصّر؟ قال: يُقتل ولا يستتاب [٢]. وخبر عمّار سمع الصادق عليه‌السلام يقول: كلّ مسلم بين مسلمَين ارتدّ عن الإسلام وجحد محمّداً صلى‌الله‌عليه‌وآله نبوّته وكذّبه فإنّ دمه مباح [٣]. ولعلّ هذا الخبر هو الأصل في تعريف المسالك كما ستسمع، وفي حسن محمّد: «مَن رغب عن الإسلام وكفر» [٤] وفي قوله «رغب» إشعار بالمسلم الحقيقي وإن شمل الملّي.

والحاصل: أنّ المستفاد من الأخبار وكلام الأصحاب ما ذكرنا، لأنّ المتبادر من المرتدّ من كفر بعد إسلام، والمتبادر من الإسلام الإسلام الحقيقي لا التبعي الحكمي، وإلّا لزم التناقض الّذي أشار إليه في «المسالك» كما ستسمعه. وذلك لحكمهم في المرتدّ الفطري بالقتل من غير استتابة، وحكمهم بأنّ ولده الّذي ولد حال الإسلام وانعقد في تلك الحال إذا أنكر الإسلام بعد البلوغ يستتاب. قال في حدود «المسالك [٥] ومجمع البرهان» إنّ المشهور أنّ المرتدّ عن فطرة مَن انعقد حال إسلام أحد أبويه. وقال في الأخير: وقريب منه أنّه الّذي ارتدّ بعد أن ولد على الإسلام [٦]. قلت: وهذا يشمل ما إذا بقي أحد أبويه على الإسلام إلى حين بلوغه أو ارتدّ، وما إذا بلغ الطفل ووصف الإسلام كاملاً أو لم يصفه وصريح كلامهم وظاهره خلاف ذلك في مواضع كما عرفت وستعرف. وقال في «المسالك» ـ عند قولهم فيمن علق قبل ارتداد أبيه، أنّه إن بلغ مسلماً فلا بحث، وإن اختار الكفر بعد بلوغه استتيب وإن حكم له بالإسلام من العلوق ولم يتحتّم قتله ـ ما نصّه: بأنّ القواعد تقضي بأنّ المنعقد حال إسلام أحد أبويه يكون ارتداده عن فطرة ولا تُقبل توبته، وما وقفت على ما أوجب العدول عن ذلك هنا، ولو قيل بأنّه يلحقه حكم المرتدّ

(١ ـ ٤) وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب حدّ المرتدّ ح ٦ و٥ و٣ و٢ ج ١٨ ص ٥٤٥ و٥٤٤.

(٥) مسالك الأفهام: في المرتدّ الفطري ج ١٥ ص ٢٣.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في الارتداد ج ١٣ ص ٣١٨.

عن فطرة كان متوجّهاً. وهو الظاهر من الدروس لأنّه أطلق كون السابق على الارتداد مسلماً، ولازمه ذلك[١]، انتهى.

قلت: قد عرفت مراد القوم فلا تناقض ولا عدول، ومراد الدروس كمراد غيره أنّه بحكم المسلم، على أنّ قولهم لا يحتاج إلى الموجب بل المحتاج إليه ما قاله، سلّمنا وما كان ليكون لكنّ الموجب هو الأصل والاحتياط في الدماء وأنّه لا عبرة باعتقاده وعباراته، والإجماع على الظاهر من «مجمع البرهان» قال: إنّه لا يعلم خلافاً في استتابته[٢]. والأخبار الدالّة بعمومها على الاستتابة مطلقاً كمرسلة الحسن ابن محبوب عن غير واحد من أصحابنا عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام في المرتدّ يستتاب، فإن تاب وإلّا قُتل[٣]. ونحوه خبر جميل[٤] وحسنة هشام أو صحيحته في قوم أتوا أمير المؤمنين عليه السلام فقالوا: السلام عليك يا ربّنا ... الحديث[٥]، وغير ذلك من الأخبار[٦].

وقال في «المسالك»: إنّ الأدلّة المعتبرة دالّة على مذهب ابن الجنيد، وهي الاستتابة مطلقاً[٧]. وفصّل في «التذكرة[٨]» في المقام فقال: إنّ مَن كان حين العلوق أحد أبويه مسلماً فإذا بلغ ووصف الكفر فهو مرتدّ عن فطرة يُقتل ولا يستتاب، وقوّى إنّ مَن كان أبواه حين العلوق كافرَين ثمّ أسلما أو أسلم أحدهما قبل بلوغه فإذا بلغ ووصف الكفر كان مرتدّاً مليّاً. فأجرى تبعيّة الإسلام مجرى نفسه.

(١) مسالك الأفهام: في المرتدّ الملّي ج ١٥ ص ٢٨ ـ ٢٩.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في الارتداد ج ١٣ ص ٣٣٠.
(٣) وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب حدّ المرتد ح٦ ج١٨ ص ٥٥٠، ب ٣ منها ح ٢ ج١٨ ص٥٤٧.
(٤) وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب حدّ المرتد ح ٣ ج ١٨ ص ٥٤٧.
(٥) المصدر السابق: ب ٦ من أبواب حدّ المرتد ح ١ ج ١٨ ص ٥٥٢.
(٦) المصدر السابق: ب ٤ من أبواب حدّ المرتد ج ١٨ ص ٥٤٩.
(٧) مسالك الأفهام: في المرتدّ الفطري ج ١٥ ص ٢٤ ـ ٢٥.
(٨) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٧٤ س ٢٤ و٢٥، وص ٢٧٥ س ٢.

وقوّى في ظاهر «جامع المقاصد[1]» أو صريحه عدم الفرق بينهما في كونهما مرتدّين عن فطرة، واستنهض على ذلك إطلاق الكتاب. قلت: وينبغي أن يقول: و«التحرير[2]» وهو ظاهر «الدروس» وستسمع عبارته. وفيه: أنّ المصنّف[3] صرّح بأنّ إسلامه تبعي لا حقيقي فلا ينفعه هذا الإطلاق. واستدلّ عليه في «جامع المقاصد» بأنّ الإسلام يعلو ولا يعلى عليه[4] وأنّ كلّ مولود يولد على الفطرة[5]، وبما رواه عن عليّ عليه السلام: إذا أسلم الأب جرّ الولد إلى الإسلام، فمن أدرك من ولده دعي إلى الإسلام فإن أبى قُتل[6]. قال: قال في الدروس: وهو نصّ في الباب[7].

قلت: كلام «الدروس» في الباب كأنّه غير جيّد، قال: مَن تبع أبويه أو أحدهما في دار الإسلام ثمّ اعترف بالكفر بعد بلوغه فإنّه مرتدّ سواء تخلّق حال الإسلام أو تجدّد على إسلام أحدهما بعد علوقه، وربّما فرّق بينه وبين الأوّل بأنّه جزء من المسلم في الأوّل فيكون مسلماً فبالكفر يصير مرتدّاً، بخلاف الثاني فإنّما حكم بإسلامه تبعاً، والاستقلال أقوى من التبع، لأنّه انخلق من ماء كافر، فإذا أعرب بالكفر لا يكون مرتدّاً، ولهذا افترقا في قبول التوبة وعدمها. والّذي رواه الصدوق عن عليّ عليه السلام ... ثمّ ساق الرواية المتقدّمة وقال: إنّها نصّ في الباب[8]. ولعلّه أراد بالمرتدّ في الموضعين الفطري، فيكون أراد بقوله «لا يكون مرتدّاً» أنّه لا يكون

---

(١) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٢٠.
(٢) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥١.
(٣) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٧٥ س ٢ ـ ٤.
(٤) من لايحضره الفقيه: في باب ميراث أهل الملل ج ٤ ص ٣٣٤ ح ٥٧١٩.
(٥) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٣٥ ح ١٨.
(٦) من لايحضره الفقيه: في باب الارتداد ج ٣ ص ١٥٢ ح ٣٥٥٦.
(٧) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٢٠.
(٨) الدروس الشرعية: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٧٧ ـ ٧٨.

ولو طرأ إسلام أحد الأبوين حُكم بالإسلام في الحال،

فطريّاً، فيكون أشار إلى مذهب التذكرة، وقد يكون أراد ما تقتضيه العربيّة والأُصول والاصطلاح، وهو أنّه لايكون مرتدّاً أصلاً، فيكون أشار إلى أحد وجهي الشافعية. قال في «جامع المقاصد»: إنّ الّذي حكاه شيخنا في الدروس أنّ الخلاف في كونه مرتدّاً، فحينئذٍ يكون القول الآخر أنّه كافر أصلي، فيكون في المسألة ثلاثة أقوال[١].

قلت: قد عرفت أنّ القول الثالث لم يذهب إليه أحد منّا وإنّما هو احتمال للشافعيّة فلا يناسب عدّه قولاً، ثمّ إنّ خبر الصدوق معارض بما عرفت من الأخبار المتقدّمة في الأمرين وبما هو مراد من عبارات الأصحاب، وقد أبان ذلك خبر أبان[٢]. ولاريب أنّ المرتدّ حقيقة شرعيّة ليس معنىً لغويّاً ولا عرفيّاً. والمقطوع من معنى الفطري ما رجّحناه ومعيار الحقيقة موجود فيه. ولعلّه لم يبق بعد اليوم في المراد من المرتدّ الفطري إشكال، ولا تلتفت إلى ما في التذكرة وجامع المقاصد وظاهر الدروس بعد اتّضاح السبيل ووضوح الدليل.

قوله: ﴿ولو طرأ إسلام أحد الأبوين حُكم بالإسلام في الحال﴾ إذا لم يكن بالغاً، ولم أجد خلافاً في ذلك لا في الباب ولا في الحدود ولا الميراث إلّا من مالك كما مرّ[٣]. وعليه دلّ خبر الجرّ[٤] وقد سمعته آنفاً، بل قد يظهر من «التذكرة» الإجماع عليه[٥].

---

(١) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٢٠.

(٢ و٣) وسائل الشيعة: ب ٢ و٣ من أبواب حدّ المرتد ح ٢ و٧ ج ١٨ ص ٥٤٦ و٥٤٩.

(٤) تقدّم في الصفحة السابقة.

(٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٧٤ السطر الأخير.

وكذا أحد الأجداد والجدّات وإن كان الأقرب حيّاً على إشكال.

قوله: ﴿وكذا أحد الأجداد والجدّات﴾ كما في «التذكرة[١] والتحرير[٢] وجامع المقاصد[٣]» وظاهر الإطلاق أنّه لا فرق بين كونهم وارثين أو لا ولا بين كونهما للأب أو للأمّ. وبه صرّح في «التذكرة» لصدق الأب على الجدّ ولأنّ الأب يتبع الجدّ فيكون أصلاً له، فيكون أصلاً للطفل بطريقٍ أولى[٤]، فإنّ مَن بلغ مجنوناً يُحكم بإسلامه إذا كان أبوه مسلماً، فولد المجنون يُحكم بإسلامه، ولأنّ الإسلام للتغليب يكفي فيه أدنى سبب كما في «جامع المقاصد[٥]» وكذا «التذكرة[٦]» فليتأمّل فيما ذكره (ذكر ـ خ ل) أوّلاً.

قوله: ﴿وإن كان الأقرب حيّاً على إشكال﴾ كما في «التذكرة[٧] والتحرير[٨]» وكذا «الإيضاح[٩]» حيث لا ترجيح فيه. وفي «جامع المقاصد» أنّ الأصحّ عدم الفرق[١٠].

وقد بيّن وجها الإشكال في «التذكرة[١١] والإيضاح» بأنّ سبب التبعيّة القرابة، لأنّها لا تختلف بحياة الأب وموته كسقوط القصاص وحدّ القذف، ولأنّ التبعيّة إنّما هي للأصالة وهي ثابتة في الجدّ لقوله تعالى: ﴿الّذين آمنوا واتّبعتهم ذرّيتهم بإيمانٍ ألحقنا بهم ذرّيتهم﴾[١٢] وابن الابن ذرّية لقوله تعالى: ﴿ومن ذرّيته﴾[١٣] ومن أنّ علّة التبعيّة القرابة، وكلّما كانت أقرب كان المتّصف بها أولى، ولأنّ الشارع علّق التبعيّة

(١ و٤ و٦ و٧ و١١) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٧٤ س ٣٥ ـ ٣٧.
(٢ و٨) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥١.
(٣ و٥ و١٠) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٢١.
(٩) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٤٠.
(١٢) الطور: ٢١.
(١٣) الأنعام: ٨٤.

الثاني: تبعيّة السابي المسلم ـ على رأي ـ إن سبي منفرداً،

بالأُبوّة، وهي في الجدّ مجاز وفي الأب حقيقة، فكانت العلّة فيه أولى وأقدم، لأنّها العلّة القريبة والجدّ علّة بعيدة، فكان الأب أولى، وقوله عليه‌السلام «حتّى يكون أبواه» فحصر السبب في الأبوين، وهما حقيقة في الأبوين بلا واسطة، واللفظ إنّما يحمل على حقيقته تركناه في موت الأب، لأنّه كالمعدوم، فبقي المعنى الحقيقي في حياته [1].

وقد ضعّف ذلك كلّه في «جامع المقاصد» بأنّ أحقّية الأبوين لا تنافي ثبوت التبعيّة للجدّين مع ثبوت الولاية والأولوية للجدّ في النكاح عندنا [2].

قلت: هذا خرج بالنصّ والإجماع، والحكم هنا مرتّب على الأب، وقد حكموا [3] بأنّه لا ولاية للجدّين في الحضانة مع وجود الأبوين إلّا أن تقول: الإسلام مبنيّ على التغليب، فيكفي فيه أدنى سبب. ويجيء الإشكال فيما إذا أسلم جدّ الأمّ والأب حيّ أو أسلم جدّ الأب والأمّ حيّة.

قوله: ﴿الثاني: تبعيّة السابي المسلم ـ على رأي ـ إن سبي منفرداً﴾

هذا الرأي بهذا القيد خيرة «المبسوط [4] والمفاتيح [5]» وجهاد «الدروس [6]» وهو المحكي [7] عن أبي عليّ والقاضي والشهيد في بعض «فوائده» [8] وبه طفحت

(١) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٤١. (٢) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٢١.

(٣) منهم العلّامة في قواعد الأحكام: في أحكام الأولاد ج ٣ ص ١٠٢، والفاضل الهندي في كشف اللثام: في الحضانة ج ٧ ص ٥٥٣، وظاهر الشهيد في اللمعة الدمشقية: في أحكام الأولاد ص ٢٠٣.

(٤) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٢.

(٥) مفاتيح الشرائع: في الملقوط في دار الإسلام ج ٢ ص ٥٩.

(٦) الدروس الشرعية: في لواحق الجهاد ج ٢ ص ٣٩.

(٧) الحاكي عنهما هو العلّامة في مختلف الشيعة: في الجهاد ج ٤ ص ٤٢١.

(٨) القواعد والفوائد: ج ١ ص ٣٣٤ قاعدة ١٢٠.

عباراتهم[١] في أبواب الفقه. وفي «التذكرة[٢] والتحرير[٣] والمسالك[٤]» أنّ التبعيّة في الإسلام تحصل بثلاثة أشياء، وعدّوا منها إسلام السابي. وقد تقدّم[٥] أنّ ظاهر التذكرة الإجماع عليه، إلّا أن تقول: إنّ عدّ السابي في «التذكرة[٦] والتحرير[٧]» إنّما هو بناءً على مذهب الشيخ كما يُفهم منه فيهما بعد ذلك.

واقتصر في جهاد «الشرائع» على نسبته إلى القيل[٨]، وفي موضعين من «التحرير[٩] والتذكرة[١٠]» على نسبته إلى الشيخ، وفي موضعين من «المختلف[١١]» أنّ فيه إشكالاً. وحكم بضعف مذهب الشيخ في «مجمع البرهان[١٢]».

واستشكل أيضاً في جهاد «الكتاب» ثمّ قرّب إلحاقه به ـ أي السابي ـ في الطهارة خاصّة، لأصالتها السالمة عن معارضة يقين النجاسة[١٣]. وهو خيرة ولده في موضعين من «الإيضاح[١٤]» والمحقّق الثاني في «جامع المقاصد[١٥]» وهو المحكي

---

(١) منهم العلّامة في تذكرة الفقهاء: في الجهاد ج ٩ ص ١٧٠ ـ ١٧١، والمحقّق في شرائع الإسلام: في الجهاد ج ١ ص ٣١٨، والأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في الأُسارى ج ٧ ص ٤٦٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٧٥ س ٢١.

(٣) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥١.

(٤) مسالك الأفهام: في أحكام اللقيط ج ١٢ ص ٤٧٥.

(٥) تقدّم في ص ٥٨٠.

(٦) تذكرة الفقهاء: في الجهاد ج ٩ ص ١٧٠.

(٧) تحرير الأحكام: في أحكام الأُسارى ج ٢ ص ١٦٦.

(٨) شرائع الإسلام: في الجهاد ج ١ ص ٣١٨.

(٩) تحرير الأحكام: في أحكام الأُسارى ج ٢ ص ١٦٦، تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥١.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في الجهاد ج ٩ ص ١٧٠، وفي أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٧٥ س ٢١.

(١١) مختلف الشيعة: في الجهاد ج ٤ ص ٤٢١، وفي اللقطة ج ٦ ص ١١٠.

(١٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤١٤.

(١٣) قواعد الأحكام: في الجهاد ج ١ ص ٤٩٠.

(١٤) إيضاح الفوائد: في الجهاد ج ١ ص ٣٦٣، وفي أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٤١.

(١٥) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٢١.

عن ابن إدريس[١]. وقال في «الإيضاح»: إنّ والده اختاره في آخر عمره[٢]. وفي «مجمع البرهان» أنّ ظاهر كلامهم أن لا خلاف في طهارته[٣].

قلت: قد حكى في «التذكرة» في الباب عن أحد وجهي الشافعيّة أنّه لا يحكم بإسلامه، واستجوده[٤]. وقضيّته أنّه لا يحكم بطهارته. وهو الّذي نبّه عليه في «الإيضاح[٥]» من قوله «على رأي» في عبارة الكتاب.

وقد يستدلّ على الحكم بإسلامه بوجوه:

الأوّل: استمرار الطريقة واستقامة السيرة في الأعصار والأمصار على تغسيله وتكفينه والصلاة عليه إن بلغ الستّ إن مات قبل البلوغ، وما سمعنا أنّهم يحرّمون ذلك ويمنعون منه لأنّهُ كافر، ولا سمعنا ولا وجدناه أنّهم يترقّبون بلوغه ويراعونه عند ظهور الأمارات المفيدة للظنّ باختبار عانته أو بتكرار الإقرار بالشهادتين في كلّ وقت ويبادرونه باستنطاقه بإظهار الإسلام عند البلوغ ويتجنبونه قبل الإظهار ولو بلحظة لأنّه كافر عند بلوغه حتّى يُظهر الإسلام، ووجدناهم لا يبيعونه للمخالف فضلاً عن الكافر، وهو أكثر من أن يُحصى في الكرج[٦] عند الملوك والتجّار خصوصاً في الإناث، وينبغي على قولهم أنّه إذا أعتقه مولاه ومات قريبه المسلم

(١) الحاكي عنه هو الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في أحكام الأُسارى ج ٣ ص ٤٣.
(٢ و ٥) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٤١.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤١٤.
(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٧٥ س ٢٣.
(٦) الظاهر ان الكرج على وزن جُعَل أو الكرج على وزن الزّبر اسم لأصاغر المراهقين الذين كانوا يعملون في بلاط الملوك وبيوت التجار وكانوا يُتبايعون لاجل العمل وقضاء الحاجات والمراد من العبارة أنّه لم يعهد من الملوك والتجار من المسلمين التبايع على اصاغر الصبيان مع أنّه كان ولا يزال سيرتهم على ذلك في مثل تلك الاصاغر. هذا مضافاً إلى أنّه لم يعهد منهم أن يغسلوا أيديهم وآنيتهم من أجل تماسها مع أيديهم وأبدانهم وهذا كلّه ينبئ عن انهم لم يكونوا يحكمون عليهم بالكفر. هذا ولكن في صحّة هذا الاستدلال نظر واضح.

الّذي لا وارث له غيره قبل بلوغه أنّه لا يرثه.

الثاني: أنّ الحكم بالطهارة من دون الإسلام غير معهود من الشرع إلّا في ولد الزنا قبل بلوغه على قول إلّا أن تقول: إنّ ذلك غير ضائر لعدم القائل بـالنجاسة.

قلت: قد سمعت ما حكيناه عن التذكرة والإيضاح.

الثالث: أنّا لم نجد أحداً عدّ ذلك من المطهّرات المعدودة.

الرابع: أنّه نجس قبل الأسر قطعاً فيجب استصحابها، وهو أصل سالم عن يقين الطهارة، فهو إمّا مسلم أو نجس إلّا أن يتحقّق الإجماع على طهارته خاصّة. وأوهن شيء استدلالهم بلزوم الحرج كما ستسمع، لأنّه غير صالح لتأسيس الأحكام لتخلّفه في موارد أعظم حرجاً منه وأكثر ضرراً، ولم يقل أحد بالحكم بالطهارة للـحرج، ومن الحرج ما إذا سباه مصاحباً لأحد أبويه أو لهما وماتا أو بقيا كافرَين فإنّه في الصورتين كافر لا يتّبع السابي.

الخامس: أنّا وجدنا بعضهم يأخذه مسلّماً منهم «كاشف اللثام[1]» في باب القصاص.

السادس: ما ذكره في «الإيضاح» من أنّ السبي أبطل حرّيته فـتبطل تـبعيّة الأُبوّة، وتبعيّة الدار هنا منتفية عنه، ولابدّ من طريق إلى إسلام الطفل، لأنّ الإسلام لطف فلا يمنعه فيتعيّن الطريق في السابي[2].

السابع: قوله صلى الله عليه وآله: «وإنّما أبواه يهوّدانه ... الحديث»[3] فإذا انقطع عنهما وزالت المعيّة انتفى المقتضي لكفره فيرجع إلى ما ولد عليه وهو الفطرة.

وقد يقال[4]: ليس فـي جميع ما ذكرت ما يعوّل عليه ويستند إليه، والخبر ليس

---

(١) كشف اللثام: في القصاص ج ١١ ص ٩٣.

(٢) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٤١.

(٣) وسائل الشيعة: ب ٤٨ من أبواب جهاد العدو ... ح ٣ ج ١١ ص ٩٦.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في الأُسارىٰ ج ٧ ص ٤٦٦.

ولو كان معه أحد أبويه الكافرين لم يُحكم بإسلامه،

من طرقنا. سلّمنا صحّة الاحتجاج به لاستدلال أصحابنا به وشهرته، لكنّه متروك الظاهر، وإلّا لزم أن لا يكون هناك مرتدّ عن ملّة، لأنّه نطق بأنّ كلّ مولود يولد على الفطرة، ولذا قال عَلم الهدى[1]: إنّ المراد أنّه يولد ليكون على الفطرة، وهذا الكون إنّما يتحقّق بعد البلوغ فلا دلالة فيه، سلّمنا لكنّ ذلك يتحقّق بوجوده معهما وقتاً مّا، والدليل عليه الإجماع على نجاسته قبل السبي، فإنّ سببها ليس إلّا تأثيرهما فيه. ومن ذلك يتّضح الحال في دليل الإيضاح، لأنّا نمنع انقطاع تبعيّته لأبويه بمجرّد مفارقته لهما، على أنّه منقوض بما لو ماتا عنه بعد سبيهما معه فإنّ الشيخ لا يحكم بإسلامه حينئذٍ[2]. وكذا لو انفرد ولد الذمّيين عنهما. والقول بأنّ العلّة مركّبة من المفارقة وملك المسلم ودار الإسلام، ففيه أنّ أحداً لم يدّع ذلك، وإنّما حقيقة دليلهم يرجع إلى الملك والمفارقة، وأمّا دار الإسلام فلم تؤخذ في دليل الخاصّة ولا العامّة، ولو اُخذت قضت بأنّه لو تاجر به من أوّل ما أخذه إلى بلاد الكفر وأقام بها أنّه لا يتبعه، على أنّ هذا التركيب يحتاج إلى دليل.

وبعد هذا كلّه فالظاهر اتّفاق كلمة مَن تعرّض لهذا الفرع على الطهارة وعبارة «التذكرة» وما يعطيه كلام الإيضاح ليس نصّاً ولا ظاهراً في النجاسة فيؤوّلان، فيقتصر في الرخصة على موضع اليقين، وإلّا فالمعترض على كلّ من أدلّة القولين مستظهر، إذ أدلّة القائلين بالطهارة أصالتها ولزوم الحرج، وقد عرفت الحال فيهما.

قوله: ﴿ولو كان معه أحد أبويه الكافرين لم يُحكم بإسلامه﴾ كما

---

(١) أمالي المرتضى: ج ٢ ص ٨٣.

(٢) المبسوط: في أحكام الاُسارىٰ ج ٢ ص ٢٢.

ولو سباه الذمّي لم يُحكم بإسلامه وإن باعه من مسلم.

الثالث: تبعية الدار، وهي المراد،

في «المبسوط[١] والتذكرة[٢] والتحرير[٣] وجامع المقاصد[٤]» وغيرها[٥]. وفي «مجمع البرهان» الظاهر أنّه لا خلاف فيه[٦]، لأنّ التبعيّة للأبوين هي الأصل فتقدّم على السابي. وقال أحمد: إنّه يتبع السابي[٧].

قوله: ﴿ولو سباه الذمّي لم يُحكم بإسلامه﴾ كما في «المبسوط[٨] والتذكرة[٩] والتحرير[١٠] وجامع المقاصد[١١]» لأنّ الذمّي لا حظّ له في الإسلام. وفي أحد وجهي الشافعية[١٢] أنّه يُحكم بإسلامه، لأنّه إذا سباه صار من أهل دار الإسلام، لأنّ الذمّي من أهلها.

قوله: ﴿وإن باعه من مسلم﴾ كما في «التحرير[١٣] والتذكرة[١٤] وجامع المقاصد[١٥]» لأنّ بيعه منه لا يقضي بإسلامه، لأنّ تملّكه له طرأ عليه وهو كافر رقيق وإنّما تحصل التبعية له في الابتداء، لأنّ عنده يتحقّق تحوّل الحال كما في «التذكرة[١٦]».

قوله: ﴿الثالث: تبعية الدار، وهي المراد﴾ أي في اللقيط، إذ لا معنى لتبعية الأبوين والسابي في إسلام اللقيط، ومن ثمّ اقتصر عليها المحقّق في «الشرائع[١٧]».

(١ و٨) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٢ و٣٤٣.

(٢ و٩ و١٤ و١٦) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٧٥ س ٢٨ و٢٤ و٢٦ و٢٧.

(٣ و١٠ و١٣) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٢.

(٤ و١١ و١٥) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٢٢.

(٥) كمسالك الأفهام: في أحكام الأُسارىٰ ج ٣ ص ٤٦.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤١٤.

(٧) المغني لابن قدامة: في الجهاد ج ١٠ ص ٤٠٦.

(١٢) المجموع: في اللقيط ج ١٥ ص ٣١٧.

(١٧) شرائع الإسلام: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٢٨٦.

فيُحكم بإسلام كلّ لقيط في دار الإسلام،

قوله: ﴿فيُحكم بإسلام كلّ لقيط في دار الإسلام﴾ مطلقاً ذكره الأصحاب كما في «الكفاية[١]».

وقد عرّف دار الإسلام في «الدروس» بأنّها ما ينفذ فيها حكم الإسلام، فلا يكون بها كافر إلّا معاهداً. قال: فلقيطها حرّ مسلم، وحكم دار الكفر الّتي تنفذ فيها أحكام الإسلام كذلك إذا كان فيها مسلم صالح للاستيلاد ولو واحداً أسيراً. وفي معناهما دار كانت للمسلمين فاستولى عليها الكفّار إذا علم بقاء مسلم فيها صالح للاستيلاد. وعرّف دار الكفر بأنّها ما ينفذ فيها أحكام الكفّار، فلا يسكن فيها مسلم إلّا مسالماً. قال: ولقيطها محكوم بكفره ورقّه إلّا أن يكون فيها مسلم ولو تاجراً أو أسيراً أو محبوساً، ولا تكفي المارّة من المسلمين[٢].

وقال في «المبسوط»: دار الإسلام على ثلاثة أضرب: بلدٌ بُني في الإسلام لم يقربه المشركون كبغداد والبصرة فلقيطها يُحكم بإسلامه وإن جاز أن يكون لذمّي، لأنّ الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه[٣]. والثاني: كان دار كفر فغلب عليها المسلمون أو أخذوها صلحاً وأقرّوهم على ما كانوا عليه على أن يؤدّوا الجزية، فإن وجد فيها لقيط نظرت، فإن كان هناك مسلم مستوطن فإنّه يُحكم بإسلامه لما ذكرنا، وإن لم يكن هناك مسلم أصلاً حُكم بكفره، لأنّ الدار دار كفر. والثالث: دارٌ كانت للمسلمين وغلب عليها المشركون مثل طرسوس، فإذا وجد فيها لقيط نظرت، فإن كان هناك مسلم مستوطن حُكم بإسلامه وإلّا فلا. قال: ودار الحرب مثل الروم، فإن وجد

(١) كفاية الأحكام: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٥٢٤.
(٢) الدروس الشرعية: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٧٨.
(٣) من لا يحضره الفقيه: في باب ميراث أهل الملل ح ٥٧١٩ ج ٤ ص ٣٣٤.

إلّا أن يملكها الكفّار ولم يوجد فيها مسلمٌ واحد فيُحكم بكفره وبكفر كلّ لقيطٍ في دار الحرب، إلّا إذا كان فيها مسلمٌ ساكن ولو واحداً تاجراً أو أسيراً،

فيها لقيط نظرت، فإن كان هناك أُسارى فإنّه يُحكم بإسلامه، وإن لم يكن أُسارى ويدخلهم التجّار قيل:فيه وجهان، أحدهما الحكم بإسلامه، والآخر الحكم بكفره[1].

وفي «التذكرة[2]» جعل دار الإسلام دارين، وهما الضرب الأوّل والثاني اللذان في المبسوط، وجعل الثالث المذكور أخيراً في المبسوط دار كفر، فدار الإسلام عنده داران ودار الكفر داران.

وقال في «جامع المقاصد»: إنّ المراد بدار الإسلام في عبارة الكتاب إمّا دار خطّها المسلمون كبغداد أو دار فتحها المسلمون كالشام. وحكى عن الدروس تعريف دار الإسلام، وقد سمعته، وقال: إنّه أضبط[3]. وليت شعري من أين عرف أنّ مراد المصنّف أحد الدارين، فلعلّه أرادهما معاً كما ذكره في التذكرة.

وكيف كان، فعدّهم الضرب الثاني من بلاد الإسلام يدلّ على أنّه لا يشترط في بلاد الإسلام أن يكون أهلها مسلمين، بل يكفي كونها في يد الإمام واستيلاؤه عليها، فكان المراد من دار الإسلام غير المراد من سوق المسلمين، فإنّ سوق الإسلام الّذي يحكم على لحومه وجلوده بالطهارة لا يكفي فيه المسلم الواحد ولا يصدق على السوق حينئذٍ سوق المسلمين وإن كان أصل البلد للمسلمين.

قوله: ﴿إلّا أن يملكها الكفّار ولم يوجد فيها مسلمٌ واحد فيُحكم بكفره وبكفر كلّ لقيطٍ في دار الحرب، إلّا إذا كان فيها مسلمٌ ساكن

---

(١) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٣.

(٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٧٥ س ٣٥ وص ٢٧٦ السطر الأوّل.

(٣) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٢٣.

ولو واحداً تاجراً أو أسيراً﴾ قد استوفينا الكلام في المقام في البيع في الفصل الثالث في أنواع المبيع[1]. واستظهرنا أنّ الكلمة متّفقة على أنّ مَن التقط لقيطاً من دار حرب لم يملكها المسلمون أو أخذها الكفّار من المسلمين وقد وجد فيها مسلم ساكن مستوطن ولو للتجارة يمكن كون ذلك الولد منه فإنّه حرّ. كما طفحت بذلك عباراتهم في البابين، وقلنا: إنّ الشيخ في «المبسوط» متوقّف في التاجر. ونزّلنا على ما استظهرناه العبارات الدالّة على أنّ احتمال كون الولد من مسلم ولو كان الاحتمال بعيداً ضعيفاً يمنع من استرقاقه، لأنّه قد طفحت عباراتهم بأنّه لا اعتبار بالطرق والاجتياز والمرور، إذ لا تبعيّة في وقت التكوّن، لانتفاء التقدّم لمكان الأُصول الكثيرة وإن عورض بعضها. ومثله ما إذا تجدّد خروجه قبل الالتقاط، لانتفاء المقتضي للتبعيّة، وهو وجوده حينئذٍ. والمراد بالخروج الخروج الّذي يندر معه إبقاؤه بعض ولده في البلد من بعده، وتأمّلنا في المحبوس وإن اعتبره في «الدروس» ولا سيّما إذا كان في المطامير، ولا ريب أنّه غير الأسير. وقلنا: إنّ البناء على الاحتمال البعيد جدّاً والاكتفاء بمجرّد الطرق والمرور أو الوجود ولو مقيّداً في الحبس بالقيود يجعل المسألة مجرّد فرض، وإلّا أشكل الأمر خصوصاً على الملتقط الأوّل، إذ الاحتمال البعيد قائم لا يكاد ينكر وإن كان أخذه منه لا إشكال فيه لأنّه مسلم، بل استبعد المولى الأردبيلي ما استظهرنا اتّفاق الكلمة عليه، لأنّ العقل يجد إلحاقه بالأعمّ الأغلب أولى كما في غيره من المقامات، قال: إلّا أن يكون إجماع أو نصّ. وبيّنّا أنّ الأصل في ذلك أنّ الأصل في بني آدم الحرّية إجماعاً فلا يلتفت هنا إلى أنّ الأصل بمعنى الراجح كونه من غير المسلم الساكن،

---

(١) تقدّم في ج ١٣ ص ٢٦٥. ولا يخفى عليك أنّ جميع ما ذكره الشارح في هذا المقام من قوله «أن الكلمة متّفقة» إلى قوله «وتمام الكلام نقل العبارات في باب البيع» في الصفحة الآتية إنما ذكر شطراً ممّا تقدم هناك بالمعنى وشطرا آخر منه بعين لفظه، وعليه فلم يجئ الشارح هناك زائداً على ما في هذا المقام حتّى يقال أنّه استوفى الكلام هناك وأشار إليه في المقام بل كرّر ما مرّ من غير أن يزيد عليه شيئاً أو ينقص، فراجع.

فإن بلغ وأعرب عن نفسه الكفر ففي الحكم بردّته تردّد، ينشأ من ضعف تبعيّة الدار.

وأنّ الأصل عدم كونه من مسلم معارض بمثله، وأنّ قضيّة ذلك الاكتفاء بمجرّد وجود المسلم حين انعقاد نطفته، ولمّا كان العلم بوجود المسلم حال انعقاد النطفة متعذّراً جعلوا السكنى دليلاً على ذلك، فالمدار على السكنى الدالّة على تحقّق وجود المسلم الّذي يمكن أن يكون منه، ولا كذلك المارّ، لأنّ الأصل عدم كونه في البلد حال انعقاد نطفة الولد، فتأمّل. ومنه يُعلم حال المحبوس وأنّ المسلم في كلامهم لبيان الجنس فيشمل المسلمة، فلو كان اللقيط معروف الأب مجهول الأُمّ وفي بلد الحرب امرأة مسلمة يمكن تولّده منها كان حرّاً. هذا كلام الأصحاب وما يتعلّق به.

وأمّا أخبار الباب فيُحمل إطلاق الحكم فيها بالحرّية في المنبوذ واللقيط على الأفراد المتكثّرة الشائعة، وهو ما كان في بلاد الإسلام خصوصاً إذا لحظنا زمن ورودها أو في بلاد الحرب الّذي فيها مسلم ساكن مقيم أو مسلمون مقيمون مستوطنون. ووجود اللقيط في دار الحرب الّذي ليس فيها مسلم ساكن ولو تاجراً مستوفزاً أو أسيراً أو محبوساً نادر جدّاً فلعلّه غير داخل في إطلاق الأخبار المذكورة، فليتأمّل جيّداً، وتمام الكلام ونقل العبارات في باب البيع.

[حكم مَن بلغ وأعرب عن نفسه الكفر]

قوله: ﴿فإن بلغ وأعرب عن نفسه الكفر ففي الحكم بردّته تردّد، ينشأ من ضعف تبعيّة الدار﴾ لأنّها أمارة إنّية تفيد الظنّ، لأنّه يستدلّ بالمعلول على شيءٍ آخر، بخلاف مباشرة الإسلام وتبعيّة أحد الأبوين أو السابي فإنّه برهان لمّي يفيد العلم يستدلّ فيه بالعلّة على المعلول، فتأمّل جيّداً، ومن حيث سبق الحكم بإسلامه فهو مسلم كفر بعد إسلام.

وقال في «المبسوط» الأقوى أنّه لا يُقتل بل يفزع ويهدّد ويقال: حكمنا بإسلامك ترجع إلى الإسلام[١]، انتهى. قال في «الإيضاح»: فهو غير جازم بردّته[٢].

وقرّب في «التذكرة[٣] والدروس[٤]» أنّه لا يحكم بردّته. وقوّاه في «الإيضاح» لأنّ إعرابه بالكفر كاشف عن كفره الأصلي[٥]. ووجّهه في «التذكرة» بأنّ الحكم بإسلامه وقع ظاهراً لا باطناً بدليل أنّه لو ادّعى ذمّي بنوّته وأقام بيّنة على دعواه سلّم إليه ونقض الحكم بإسلامه، فإذا بلغ ووصف الكفر كان قوله أقوى من ظاهر اليد، ولهذا لو حكمنا بحرّيته بظاهر الدار ثمّ بلغ وأقرّ بالرقّ فإنّه يُحكم عليه بالرقّ[٦].

وفي «التحرير» الجزم بأنّه مرتدّ يستتاب، وإلّا قُتل[٧]. وقد نفى البُعد في «جامع المقاصد[٨]» عن كونه مرتدّاً لسبق الحكم بطهارته وإجراء أحكام أولاد المسلمين عليه، ولأنّ الإسلام هو الأصل، لأنّ كلّ مولود يولد على الفطرة[٩]. ومراده أنّه مرتدّ عن فطرة بناءً على ما سلف[١٠] له. وعبارة «التحرير» تقضي بأنّه مرتدّ عن ملّة أو يكون أراد أنّ حاله حال أولاد المسلمين إذا ارتدّوا على المختار عندنا. وأنت خبير بأنّه إن كان التردّد والنزاع في كونه مرتدّاً عن فطرة فلا وجه له بل ينبغي الجزم بالعدم كما عرفت ممّا ذكرناه في معناه فيما تقدّم[١١]، وإن كانا في كونه مرتدّاً

(١) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٤.
(٢ و٥) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٤٢.
(٣ و٦) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٧٦ س ١٦.
(٤) الدروس الشرعية: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٧٧.
(٧) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥١.
(٨) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٢٤.
(٩) وسائل الشيعة: ب ٤٨ من أبواب جهاد العدوّ ... ح ٣ ج ١١ ص ٩٦، وعوالي اللآلي: ج ١ ص ٣٥ ح ١٨.
(١٠) تقدّم في ص ٥٧٩.
(١١) تقدّم في ص ٥٧٥ ـ ٥٨٠.

الثالث: الجناية، وعاقلة اللقيط الإمام إذا فقد النسب ولم يتوال أحداً دون الملتقط.

عن ملّة فالظاهر أنّه ليس بمرتدّ أيضاً لأنّه لا عبرة بعباراته ولا باعتقاده، فليتأمّل.

[في أحكام جناية اللقيط]

قوله: **﴿الثالث: الجناية، وعاقلة اللقيط الإمام إذا فقد النسب ولم يتوال أحداً دون الملتقط﴾** عاقلة اللقيط الإمام إجماعاً كما في ظاهر «التذكرة[1] والمسالك[2]» حيث قيل فيهما عندنا، لأنّ ميراثه له فإنّه وارث مَن لا وارث له، وعند العامّة إنّ عاقلته بيت المال، لأنّ ميراثه له. وهو خيرة «المبسوط» كما ستسمع. وفي «المقنعة[3] والنهاية[4]» فإن لم يتوال أحداً حتّى مات فولاؤه للمسلمين، وستسمع تحرير المقام.

ولا يخفى أنّ الإمام عاقلته صغيراً كان أو كبيراً، فإن جنى صغيراً عمداً أو خطأً كانت الدية على الإمام، لأنّ عمده عندنا خطأ، وكذا إذا جنى كبيراً خطأً. فأجود العبارات في الباب عبارة «الإرشاد[5] واللمعة[6]» حيث قيل فيهما: عاقلته الإمام من دون القيدين المذكورين في الكتاب و«الشرائع[7]» وغيرهما[8] لأنّ الثاني يختصّ بالبالغ، لأنّ

---

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٧٦ س ٣٦.
(٢) مسالك الأفهام: في أحكام اللقيط ج ١٢ ص ٤٧٧.
(٣) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٨.
(٤) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٣.
(٥) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤١.
(٦) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٨.
(٧) شرائع الإسلام: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٢٨٦.
(٨) كجامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٢٤.

فإن جنى عمداً اقتصّ منه، وخطأً يعقله الإمام وشبيه العمد في ماله،

الموالاة إنّما تعتبر بعد بلوغه. وعليه ـ أي الثاني ـ اقتصر في «النافع[١] والتحرير[٢]».

وفي «الشرائع» حزازة أُخرى، قال: عاقلة اللقيط الإمام إذا لم يظهر له نسب ولم يتوال أحداً سواء جنى عمداً أو خطأً مادام صغيراً، فإذا بلغ ففي عمده القصاص وفي خطائه الدية على الإمام[٣]، انتهى. وقد عرفت أنّ الموالاة إنّما تعتبر بعد البلوغ فكيف يحسن قوله مادام صغيراً.

وليعلم أنّه في «الروضة» قال بعد بيان أنّه لا ولاء عليه للملتقط: ولا لأحدٍ من المسلمين خلافاً للشيخ[٤]. ولعلّه أشار إلى ما ستسمعه عن «النهاية» من قوله: كان ولاؤه للمسلمين، لكنّ ذلك موجود في «المقنعة» أيضاً كما ستسمع ذلك قريباً.

قوله: ﴿فإن جنى عمداً اقتصّ منه﴾ كما في «المبسوط[٥]» وغيره[٦] إن كان بالغاً.

قوله: ﴿وخطأً يعقله الإمام﴾ عندنا كما في «التذكرة[٧]». وفي «المبسوط» أنّ عاقلته بيت المال سواء كان كبيراً أو صغيراً، لأنّه حرّ مسلم لا عاقلة له ولأنّ نفقته في بيت المال، قال: وأيضاً لا خلاف فيه[٨]. وظاهره إرادة بيت مال المسلمين لا بيت مال الإمام، وستسمع تمام الكلام.

قوله: ﴿وشبيه العمد في ماله﴾ كما في «الشرائع[٩]» وغيرها[١٠]. ولو كانت

---

(١) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٣.

(٢ و٦ و١٠) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٢.

(٣ و٩) شرائع الإسلام: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٢٨٦.

(٤) الروضة البهية: في أنّه لا ولاء للملتقط ج ٧ ص ٧٧.

(٥ و٨) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٥.

(٧) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٧٦ س ٣٥.

وإن قتل عمداً فللإمام القصاص وخطأ الدية له.

جنايته على مال فالضمان عليه لا غير مطلقاً، سواء أتلفه عمداً أم خطأً، وينتظر به يساره إذا لم يكن بيده مال.

قوله: ﴿وإن قتل عمداً فللإمام القصاص وخطأ الدية له﴾ أي للإمام كما هو مذهبنا كما في «التذكرة[1]» وبه صرّحت عباراتهم كما ستسمعها، وميراثه للإمام عندنا كما في موضع آخر منها[2]. وكأنّ المتأخّرين[3] مطبقون عليهما إمّا بتصريح أو بظهور إلّا المصنِّف في الثاني فيما سيأتي.

وقال في «المبسوط» فإن كان عمداً فإنّه للإمام، فإن رأى المصلحة أن يقتصّ اقتصّ، وإن رأى العفو على مالٍ ويدعه في بيت المال لمصالح المسلمين فعل، وإن كانت الجناية خطأً فإنّها توجب المال فيؤخذ ويُترك في بيت المال بلا خلاف[4]. وفي «الخلاف» اللقيط إذا مات ولم يخلف وارثاً فميراثه لبيت المال، وبه قال جميع الفقهاء. دليلنا إجماع الفرقة[5]. وقد أراد ببيت المال هنا بيت مال المسلمين لمكان نسبته إلى جميع الفقهاء. ومثله في «المقنعة» قال: فإن لم يتوال أحداً حتّى مات كان ولاؤه للمسلمين، وإن ترك مالاً كان ما تركه لبيت مال المسلمين[6]. ونحوه ما في «النهاية» من دون تفاوت غير أنّه قال: كان ما تركه لبيت المال[7]. وهو

(١ و٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٧٦ س ٤٢ و٤٣ و٣٦.

(٣) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٢٨٦، والشهيد في الدروس الشرعية: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٨٠، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في أحكام اللقيط ج ١٢ ص ٤٧٨.

(٤) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٦.

(٥) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٩٤ مسألة ٢١.

(٦) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٨.

(٧) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٣.

صريح «الكتاب» فيما سيأتي[١].

وقد حمل في «السرائر» كلام الشيخ في المقام وغيره على أنّ المراد ببيت المال بيت مال الإمام[٢]. وقال في آخر المواريث: إنّه قال في المبسوط: إذا قلت بيت المال فمقصودي بيت مال الإمام[٣]. وقال في «السرائر» في مقامٍ آخر: إذا وردت لفظة أنّه للمسلمين أو لبيت المال فمراده ـ أي الشيخ ـ بيت مال الإمام، وإنّما أطلق القول بذلك لما فيه من التقيّة، لأنّ بعض المخالفين لا يوافقه عليه، هكذا أورده شيخنا في الجزء الأوّل من مبسوطه وهو الحقّ اليقين[٤]. ويشهد له أنّه في الخلاف قال بعد ما نقلناه عنهُ بأربع مسائل: ميراث مَن لا وارث له لإمام المسلمين، وقال جميع الفقهاء: إنّه لبيت المال وهو لجميع المسلمين. دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم[٥]، انتهى. وهذا إن تمّ في جميع كلمات الشيخ وإلّا فهو في الكتابين لا يزال يخالف المخالفين لا يتمّ في كلام المفيد، ثمّ إنّ الشيخ هنا قال لمصالح المسلمين لكنّه لم يختلف اثنان في أنّ ميراث من لا وارث له للإمام، وبه نطقت الأخبار[٦].

وهل له في صورة العمد العفو على مال؟ لا أجد في ذلك خلافاً في المقام، وقد قيّد في «التذكرة[٧] والتحرير[٨]» في المقام أنّ العفو على مالٍ برضا الجاني، وعليه الأكثر[٩]

---

(١) سيأتي في ص ٦٠٢.

(٢ و ٤) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٨.

(٣) السرائر: في المواريث والفرائض ج ٣ ص ٢٧٢.

(٥) الخلاف: في الفرائض ج ٤ ص ٥ مسألة ١.

(٦) وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب ولاء ضمان الجريرة والإمامة ج ١٧ ص ٥٤٧.

(٧) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٧٦ س ٤٢.

(٨) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٢.

(٩) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في كيفيّة الاستيفاء ج ٤ ص ٢٢٨، والعلّامة في مختلف الشيعة: في القصاص والديات ج ٩ ص ٢٧٤، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في كيفية الاستيفاء ج ١٥ ص ٢٢٤ و٢٢٦.

ولو جني على طرفه فالأقرب مع صغره جواز استيفاء القصاص أو الدية له،

في باب الديات، ونحن قوّينا هناك[١] أنّ الجاني يجب عليه دفع المال إذا رضي الوليّ به ويجبره الحاكم لا الجاني وأسبغنا الكلام فيه واستوفيناه.

[في حكم جناية الغير على اللقيط]

قوله: ﴿ولو جني على طرفه فالأقرب مع صغره جواز استيفاء القصاص أو الدية له﴾ كما في «الإرشاد[٢]» و«التحرير[٣]» و«جامع المقاصد[٤]» و«المسالك[٥]» و«مجمع البرهان[٦]» وكذلك «الإيضاح[٧]». وفي «الشرائع» لو قيل به كان حسناً[٨]. وجوّز له في «التذكرة[٩]» استيفاء القصاص فقط ومنع فيها من جواز استيفاء الدية، والشيخ في «المبسوط» منع منهما[١٠]. ونسب في «المسالك» جوازهما إلى الأكثر[١١].

وحجّتهم أنّ ولايته ثابتة فجاز له الاستيفاء كغيره من الحقوق، وأنّ القصاص شرّع لحفظ النفس، وتأخيره مع بذله ترك للغاية، وقد يفوت استدراكها بفوات المحلّ، ولا اعتبار بإرادة المجنيّ عليه وقت البلوغ، لأنّ المعتبر وقت الجناية وأهليّته

---

(١) مفتاح الكرامة: في القصاص ج ١٠ ص ٩٥ ـ ٩٦ الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السادس والعشرين.

(٢) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤١. (٣) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٢.

(٤) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٢٤.

(٥ و ١١) مسالك الأفهام: في أحكام اللقيط ج ١٢ ص ٤٧٨.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٢٣.

(٧) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٤٢.

(٨) شرائع الإسلام: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٢٨٦.

(٩) ظاهر تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٧٧ س ١٩.

(١٠) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٦.

ولا يتولّى الملتقط ذلك، بل الحاكم.

حينئذٍ مفقودة، وهذا معنى قوله في «الشرائع» لا معنى للتأخير [١].

واحتجّ في «المبسوط» لعدم القصاص بأنّ القصاص للتشفّي وهذا ليس من أهله، ولعدم أخذ المال بأنّه إذا بلغ ربّما طلب القود، وقال: إنّه مثل الصبيّ الّذي حصل له قصاص، فإنّه ليس لأبيه أن يقتصّ ولا للحاكم ولا للجدّ [٢]. وقد تقدّم الكلام في هذه المسائل مستوفىً أكمل استيفاء في باب الحجر [٣] وكذلك في باب القصاص [٤] والديات [٥]، وقد نقلنا كلامهم في الأبواب الثلاثة وحججهم نقضاً وإبراماً وبيّنّا ما يلزم كلام الشيخ، وفرّعه هو عليه من حبس الجاني إلى وقت بلوغه وغير ذلك.

هذا وأمّا المجنون فإنّه يعتمد في أمره المصلحة جزماً. وفي «التحرير» أنّه لو بلغ فاسد العقل تولّى الإمام استيفاء حقّه إجماعاً [٦]. وفي «المبسوط» إذا كان الصبيّ معتوهاً لا يأخذ المال إن كان موسراً وإلّا أخذ [٧].

قوله: ﴿ولا يتولّى الملتقط ذلك، بل الحاكم﴾ كما في «الشرائع [٨] والتحرير [٩] والإرشاد [١٠] وجامع المقاصد [١١] والمسالك [١٢] ومجمع البرهان [١٣]» لأنّه

(١ و٨) شرائع الإسلام: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٢٨٦.

(٢ و٧) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٦.

(٣) تقدّم في ج ١٦ ص ٩٢ ـ ٩٥.

(٤) سيأتي في ج ١٠ ص ٢٠٤ (من تعليقات على باب القصاص) من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السابع والعشرين.

(٥) سيأتي في ج ١٠ ص ٣٥٣ من مفتاح الكرامة (كتاب الديات) من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السابع والعشرين.

(٦ و٩) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٣ و٤٥٢.

(١٠) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤١.

(١١) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٢٥.

(١٢) مسالك الأفهام: في أحكام اللقيط ج ١٢ ص ٤٧٨ ـ ٤٧٩.

(١٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٢٣.

ولو أخذ الحاكم الأرش في العمد فبلغ وطلب القصاص فإشكال، ينشأ من أنّ أخذ المال للحيلولة أو لإسقاط القصاص.

لا ولاية له إلّا في الحضانة.

قوله: ﴿ولو أخذ الحاكم الأرش في العمد فبلغ وطلب القصاص فإشكال، ينشأ من أنّ أخذ المال للحيلولة أو لإسقاط القصاص﴾.

الوجه الأوّل من وجهي الإشكال قول الشيخ في «المبسوط» في مثل الفرض فإنّه ذهب إلى أنّ للوليّ العفو عن القصاص على مال، لأنّ المولّى عليه إذا كمل كان له القصاص، قال في باب القتل: فأمّا إذا كان الوارث واحداً وله أب أو جدّ مثل أن قتلت أُمّه وقد طلّقها أبوه فالقود له وحده، فليس لأبيه أن يستوفيه بل يصبر حتّى إذا بلغ كان ذلك إليه، سواء كان طرفاً أو نفساً، وسواء كان الوليّ أباً أو جدّاً أو الوصيّ الباب واحد، فإذا ثبت أنّه ليس للوالد أن يقتصّ لولده الطفل أو المجنون فإنّ القاتل يحبس حتّى يبلغ الصبيّ ويفيق المجنون، لأنّ في الحبس منفعتهما معاً للقاتل بالعيش ولهذا بالاستيثاق، فإذا ثبت هذا فأراد الوليّ أن يعفو على مال فإن كان الطفل في كفاية لم يكن له ذلك، لأنّه يفوّت عليه التشفّي، وعندنا له ذلك، لأنّ له القصاص على ما قلنا إذا بلغ، فلا يبطل التشفّي. ثمّ نقل الخلاف بين العامّة فيما إذا كان معسراً وأراد أن يعفو الوليّ على مال، واختار أنّ له العفو أيضاً وللصبيّ القصاص إذا بلغ[1]. وظاهره الإجماع، ومعناه أنّه يصالح فضولاً عنه فإن بلغ وأجاز فذاك، وإلّا كان حقّه باقياً. ولم يتعرّض للحيلولة. وإنّما هو (هي ـ خ ل) أحد وجهي الشافعية[2].

ويمكن تصوير الحيلولة بأن يقال: إنّه لمّا كان الواجب القصاص وإنّما الدية

---

(١) المبسوط: في الجراح ج ٧ ص ٥٤ ـ ٥٥.

(٢) راجع الشرح الكبير: في اللقيط ج ٦ ص ٣٨٩، وروضة الطالبين: في اللقيط ج ٤ ص ٥٠٤.

بدل منه لتعذّره فكان لمّا جنى على الصبيّ الّذي لا يجوز لوليّه ولا له استيفاء القصاص كأنّه قد حال بجنايته عليه بينه وبين القصاص فأشبه حيلولة الغاصب، وبهذا يندفع عنه ما أورد عليه في «التذكرة والإيضاح» وكذلك «جامع المقاصد» بأنّ التضمين للحيلولة إنّما هو إذا كانت من قِبل الجاني كما لو غيب الغاصب المغصوب أو أبق العبد من يده، وهنا لم يأت العذر من قِبله. قلت: بما قرّرناه جاء العذر من قِبله، وقد عرفت أنّ الشيخ لم يتعرّض للحيلولة، قالا: وأيضاً لو كان للحيلولة لجاز الأخذ فيما إذا كان المجنيّ عليه صبيّاً غنيّاً كذا قال في «التذكرة[1]». قلت: قد عرفت أنّ الشيخ يجوّز الأخذ حينئذٍ. وقال في «الإيضاح[2]»: لو كانت للحيلولة لجاز أخذها للصبيّ المميّز. قلت: إن أراد أخذ الوليّ له فقد عرفت أنّ الشيخ يجوّزه سواء كان مميّزاً أم لا، وإن أراد أخذ الصبيّ فظاهر الفساد. ويندفع أيضاً ما قاله في «جامع المقاصد» من أنّه بعد تحرير محلّ النزاع يسقط هذا الإشكال بأن يقال: أخذ المال إن كان بغير رضا الجاني في العمد فهو ممنوع منه لا أثر له ويبقى الحكم كما كان ولا دية ولا حيلولة، وإن كان برضاه فإنّما يكون عوضاً عن القصاص، لأنّه الغرض فإنّ المفروض أنّه لم يدفعه هبةً ولا تبرّعاً، فإن صحّ أخذه عوضاً وجب الحكم بسقوط القصاص[3]، انتهى. وجوابه أنّه أخذه برضاه والتماسه عوضاً عن القصاص إن أجاز الصبيّ بعد بلوغه. ثمّ إنّك قد عرفت[4] أنّ ظاهر المبسوط الإجماع عليه.

والوجه الثاني من الإشكال خيرة «جامع المقاصد[5]» وإليه مال في «التذكرة[6] والإيضاح[7]» لما سمعت، ولا ترجيح في «الدروس[8]».

(١ و٦) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٧٧ س ١٩ ـ ٣٠.
(٢ و٧) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٤٣.
(٣ و٥) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٢٥.
(٤) تقدّم في ج ١٦ ص ٩٣ ـ وكذا في الصفحة السابقة.
(٨) انظر الدروس الشرعية: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٨٠.

الرابع: الحرّية، فإن لم يدّع أحد رقّه فالأصل الحرّية، ويحكم بها فـي كلّ ما لا يلزم غيره شيئاً،

[في أنّ مقتضى الأصل الحرّية]

قوله: ﴿الرابع: الحرّية، فإن لم يدّع أحد رقّه فالأصل الحـرّية﴾ بمعنى الاستصحاب وبمعنى الراجح وبمعنى القاعدة الّتي قـام الإجماع عـليها وبمعنى عدم الرقّية، فيكون الأصل الحرّية. أمّا الأوّل فلأنّ كلّ إنسان ينتهي فـي الولادة إلى آدم عليه السلام فتستصحب الحرّية إلى أن يثبت خلافها. وأمّا الثاني فـلأنّ الأغلب على أهل الدار الأحرار والأرقاء مجلوبون إليها وليسوا من أهلها، فكما يُحكم بالإسلام للدار يُحكم بالحرّية لها. وأمّا الثالث فقد قال ابن المنذر: أجـمع عامّة أهل العلم على أنّ اللقيط حرّ، وروينا ذلك عن عليّ عليه السلام وعمر بن الخطّاب وبه قال عمر بن عبدالعزيز والشعبي والحكم ومالك والثوري والشافعي وأحـمد وإسحاق وأصحاب الرأي[١]. بل في «التذكرة» إذا التقط في دار الحرب ولا مسلم فيها أصلاً فالأقرب عندي الحكم بحرّيته لكن تتجدّد الرقّية بالاستيلاء عليه وإن قال علماؤنا إنّه يكون رقّاً[٢]. قلت: قد نبّهنا[٣] على ذلك في باب الحيوان وقلنا: إنّ مذهبهُ أنّ الاستيلاء شرط في الرقّية. وأمّا الرابع فإنّ الرقّـية إنّـما تـثبت بـالكفر الأصلي والسبي والجلب، والأصل عدم هذا الوصف.

قوله: ﴿ويحكم بها في كلّ ما لا يلزم غيره شيئاً﴾ المراد إلزام الغير شيئاً لا يلزم على تقدير الرقّية كالقصاص إن قتله حرّ، فإنّ المصنّف سيقرب سقوط

---

(١) المغني لابن قدامة: في اللقيط ج ٦ ص ٣٧٤ ـ ٣٧٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٨١ س ٤١.

(٣) تقدّم في ج ١٣ ص ٢٦١ أنه حكاه هناك عن المصنّف في اللقطة الّذي يكون ظاهراً فـي لقطة الكتاب مع أنّ ظاهر ما هناك وهنا أنّ المراد لقطة التذكرة، راجع ما كتبناه هناك فـي حاشية قوله «وعليه نبّه في اللقطة».

فنملّكه المال، ونغرّم مَن أتلف عليه شيئاً، وميراثه لبيت المال. وإن قتله عبدٌ قُتل، وإن قتله حرٌّ فالأقرب سقوط القود للشبهة واحتمال الرقّ، فحينئذٍ تجب الدية،أو أقلّ الأمرين منها ومن القيمة على إشكال.

القود. وهذا لبعض الشافعيّة[1]: ولم نجد من جزم به من طائفتنا كما ستعرف، بل الظاهر خلافه.

[فيما يتبع الأصالة الحرّية]

قوله: ﴿فنملّكه المال، ونغرّم مَن أتلف عليه شيئاً﴾ أمّا الأوّل فلأنّه لامانع منه فيجب إجراؤه على الأصل، وقد تقدّم الكلام[2] في ذلك. وأمّا الثاني فلأنّ الإتلاف يقضي بالضمان. وعساك تقول: إنّ هذا التغريم يقضي بإلزام الغير شيئاً، وقد تقدّم منعه، لأنّا نقول: هذا التغريم ثابت على تقدير الحرّية والرقّية، فليس الضمان وأخذ العوض بسبب الحرّية بخلاف القصاص، فإنّه إنّما يثبت بسببها أي الحرّية.

قوله: ﴿وميراثه لبيت المال﴾ هذا هو ما أشرنا إليه فيما سلف، وقد تقدّم الكلام[3] فيه.

قوله: ﴿وإن قتله عبدٌ قُتل﴾ وجهه ظاهر.

قوله: ﴿وإن قتله حرٌّ فالأقرب سقوط القود للشبهة واحتمال الرقّ، فحينئذٍ تجب الدية، أو أقلّ الأمرين منها ومن القيمة على إشكال﴾ قال في «المبسوط»: فإن جني عليه، فإن كان عمداً فإنّه إلى الإمام، فإن رأى المصلحة أن يقتصّ اقتصّ[4]. ومثله ما في «الشرائع[5] والتذكرة[6]

---

(١) المجموع: في اللقيط ج ١٥ ص ٣١٩.
(٢) تقدّم في ص ٥٤٥ ـ ٥٥٥.
(٣) تقدّم في ص ٥٩٢ ـ ٥٩٣.
(٤) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٦.
(٥) شرائع الإسلام: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٢٨٦.
(٦) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٧٦ س ٤٢.

والتحرير[١] والإرشاد[٢] والدروس[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥] ومجمع البرهان[٦]» وغيرها[٧]. وإطلاق هذه العبارات متناول لما إذا كان القاتل حرّاً أو عبداً، بل الحرّ هو المتبادر. ووجهه أنّ الشارع قد حكم بحرّيته لقوله[٨]: «اللقيط حرّ والمنبوذ حرّ» فقد جعل الدار سبباً في حرّية المجهول، فلو لم تكن سبباً ولا مستلزمة للسبب لم يصحّ جعلها سبباً ودليلاً، فلذلك أجرينا عليه باقي أحكام الحرّية مثل مناكحته، فيجب إجراء الجميع أو منع الجميع، لأنّ الشرط واحد، واحتمال كونه في الواقع رقّاً لا يجدي لما ذكرناه ولعموم قوله جلّ شأنه: ﴿النفس بالنفس﴾[٩] خصّ بمن علمت عبوديّته ورقّيّته وكفره وبقي الباقي.

والمصنّف هنا قرّب سقوط القود للشبهة بمعنى عدم القطع بثبوت الحرّية، لاحتمال الرقّية، فهو في العبارة عطف تفسير، ولأنّ دم المسلم لا يقنع فيه بالظنّ بل لابدّ من اليقين، ولا يقين مع قيام الشبهة واحتمال الرقّ، ولأنّ فارط الدماء لا يستدرك فيجب فيه رعاية الاحتياط، ولأنّ سبب القود حرّية المجنيّ عليه ولم تُعلم، والجهل بالسبب يستلزم الجهل بالمسبّب. وقد عارض أصل الحرّية أصل براءة ذمّة الجاني ممّا تستلزمه حرّيته. وهذه كما ترى مدفوعة بالنصّ الصحيح.

ولمّا حكم بسقوط القود قال: فتجب الدية أو أقلّ الأمرين منها ومن القيمة

---

(١) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٢.
(٢) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤١.
(٣) الدروس الشرعية: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٨٠ ـ ٨١.
(٤) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٢٧.
(٥) مسالك الأفهام: في أحكام اللقيط ج ١٢ ص ٤٧٨ ـ ٤٧٩.
(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٢٣.
(٧) كما في غاية المراد: في اللقطة ج ٢ ص ٣٨٢.
(٨) وسائل الشيعة: ب ٢٢ من أبواب اللقطة ج ١٧ ص ٣٧١.
(٩) المائدة: ٤٥.

على إشكال فيهما ينشأ من أنّه حرّ في نظر الشارع وقد حكمنا بسقوط القود للشبهة فيجب الانتقال إلى الدية، ومن الشكّ في الحرّية والرقّية فيجب أقلّ الأمرين لأنّه المتيقّن والزائد مشكوك للشكّ في سببه، كذا وجه الإشكال في «جامع المقاصد» ثمّ قال: ولقائل أن يقول: إنّ الواقع لا يخلو من رقّيّته أو حرّيّته فلابدّ من أحدهما، وعلى أيّ تقدير كان فلا يكون الواجب واحداً من الأمرين المذكورين، لأنّه إن كان حرّاً فالواجب القصاص لا الدية، والاحتياط المذكور معارض باحتياط مثله، فإنّ الجاني ربّما رضي بالقصاص فقهره على الدية إلزام له بما لم يثبت عليه فيكون باطلاً، وإن كان رقّاً فالواجب هو القيمة لا الدية، فيبطل احتمال كون الواجب هو الدية على كلٍّ من التقديرين الّذي انحصر الواقع فيهما. وكذا يمتنع كون الواجب هو أقلّ الأمرين مطلقاً على كلٍّ من تقديري الحرّية والرقّية، على أنّه يؤدّي إلى إسقاط حقّ معلوم الثبوت قطعاً، وذلك إذا قطع منه طرفان أحدهما أكثر قيمةً والآخر أكثر ديةً، وحيث بطلت اللوازم كلّها تعيّن الحكم بالقصاص [١].

ونحن نقول: الإشكال إنّما هو في الثاني كما هو ظاهر «التذكرة [٢]» أو صريحها وصريح «الإيضاح [٣]» وهو الموافق للنظر. ومنشأه من أنّ الأقلّ هو المتيقّن والزائد مشكوك فيه والأصل عدمه، ومن أنّ الشارع حكم بحرّيّته، فالمقتضي لكمال الدية ـ وهو حكم الشارع بها وإن كان مظنوناً ـ موجود، والمانع ـ وهو التجرّي على الدماء ـ مفقود. وهذا هو الظاهر إن قلنا بعدم القصاص، ولا نظر لنا إلى الواقع بعد حكم الشارع بالحرّية. وقضيّة ذلك أن يتعيّن القصاص لكن منع منه مانع من قاعدة أُخرى عند المصنّف، فكان حرّاً عنده يجب في قتله الدية، فلم تكن اللوازم كلّها

---

(١) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٢٨.
(٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٨١ س ٣٦.
(٣) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٤٤.

باطلة، لأنّ هذا اللازم غير باطل في نظر الشارع عند المصنّف، بل لا يمتنع على هذا حيث بطل القصاص عنده كون اللازم هو أقلّ الأمرين وإن ضعف جدّاً، والضعف غير الامتناع، بل لا يمتنع كون الواجب أقلّ الأمرين من دية عبد لذمّي أو دية ذمّي لو لا أنّ الإسلام أقوى من الحرّية، ولهذا يُحكم على الحمل بالإسلام لإسلام أحد أبويه بعد وجوده بل وبعد انفصاله قبل بلوغه، ولا يحكم عليه بالحرّية لو أُعتق وله ولد صغير. ولهذا قدّر المصنّف المسألة في احتمال الرقّ ولم يقدّرها في احتمال الكفر.

وقوله «إنّ الاحتياط معارض بمثله» فيه: أوّلاً أنّ المماثلة بعيدة جدّاً، وقد قدّموا في باب القصاص والديات[1] الاحتياط في الدماء على الاحتياط في الأموال في مواضع لا تحصى، وثانياً أنّا قد بيّنّا[2] في باب القصاص أنّ الولي لو اختار الدية وجب على الجاني دفعها لكنّه لا يجبره الوليّ عليها وإنّما يجبره الحاكم إذا ترافعا إليه. وقد تطابقت ظواهر النصوص والفتاوى فيما إذا قتل جماعة واحداً على أنّ لوليّه أن يختار قتل واحد وأنّه يجب على الباقين أن يردّوا عليه ما فضل له، وليس لهم أن يقولوا: إنّا لا نؤدّي فليقتص منّا، وهذا يؤيّد ما قلناه.

وقوله «على أنّه يؤدّي ... إلى آخره» فيه: أنّه لا يصحّ أن يكون قيمة طرف العبد أكثر من ديته لو كان حرّاً، لأنّه لا يتجاوز بقيمته ولا بقيمة طرفه أكثر من دية الحرّ ودية طرفه كما صرّحوا بـه في باب الديات[3] وباب الغصب[4] لأنّ الضابط في

---

(١) لم نعثر على قائله ومورده، إلّا أنّ تقديم الاحتياط في الدماء على الاحتياط في الاموال قاعدة عقلية أيدّها الشرع المقدّس بقوله «التقيّة إذا بلغت الدم فلا تقيّة» فراجع.

(٢) يأتي في ج ١٠ ص ٩٧ الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء السادس والعشرين.

(٣) منهم الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في جناية الطرف ج ١٤ ص ١٣٧ و ٣٢٤، والمحقّق في شرائع الإسلام: في الديات ج ٤ ص ٢٤٧، والطباطبائي في رياض المسائل: في الديات ج ١٤ ص ١٩٤.

(٤) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في الغصب ج ٣ ص ٢٤١، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في الغصب ج ١٢ ص ١٩٤ ـ ١٩٥.

وإن ادّعي رقّه لم يُقبل من غير صاحب اليد، ولا منها إذا استندت إلى الالتقاط.

دية أعضاء العبد أن تنسب إلى دية الحرّ ثمّ إلى قيمة مجموعه، فإن زادت عن دية الحرّ ردّت إليها. نعم يتصوّر ذلك فيما إذا كان مغصوباً، والمفروض هنا خلافه. وبيان ذلك مستوفىً في باب الغصب[١].

قوله: ﴿وإن ادّعي رقّه لم يُقبل (تقبل ـ خ ل) من غير صاحب اليد﴾ إذا ادّعى رقّ اللقيط أو غيره من الصغار المجهولي النسب مدّعٍ ولا يد له عليه لم تقبل دعواه إلّا بالبيّنة كما في «المبسوط[٢] والتحرير[٣] والتذكرة[٤] وجامع المقاصد[٥]» لأنّ الظاهر الحرّية فلا تترك إلّا بحجّة، بخلاف ما لو ادّعى نسبه، فإنّه يقبل وإن لم يكن له عليه يد، لأنّ في ذلك مصلحة للطفل وإثبات حقّ له، وفي القبول هنا إضرارٌ به وإثبات رقّ عليه.

و«ادّعي» في العبارة مبنيّ للمجهول، أي إذا ادّعى مدّعٍ رقّيّته كما أشرنا[٦] إليه، أو للمعلوم، ومرجع الضمير ما سبق في قوله «فإن لم يدّعِ أحد رقّيّتة» أي وإن ادّعى أحد رقّيّته.

قوله: ﴿ولا منها إذا استندت إلى الالتقاط﴾ كما في «التذكرة[٧] والإيضاح[٨]

(١) سيأتي في ص ٢٣٥ ـ ٢٣٧ الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء الثامن عشر.
(٢) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٥٢.
(٣) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٥.
(٤ و٧) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٨٢ س ١٧ و١٨.
(٥) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٢٩.
(٦) تقدّم في هذه الصفحة آنفاً.
(٨) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٤٥.

وإن استندت إلى غيره حكم ظاهراً على إشكال،

وجامع المقاصد[١]» وهو قضيّة كلام «المبسوط[٢] والتحرير[٣]» بالأولويّة للعلم بأنّ سببها الالتقاط الّذي لا يفيد الملك، والأصل الحرّية، فلا تسمع دعوى الرقّية بغير حجّة. وذلك لا ينافي الكلّية القائلة بأنّ كلّ من ادّعى رقّيّة صغير في يده ولا تعلم حرّيّته فإنّه تسمع دعواه، لأنّها مقيّدة بغير اليد الّتي عرفنا استنادها إلى التقاط منبوذ حكمنا بحرّيّته، وليس ذلك كدعوى المال الّذي التقطه، لأنّه ملك على كلّ تقدير، فليس في دعواه تغيير عن صفته، وفي دعوى رقّية اللقيط تغيير لصفة أثبتها الشارع. ولا فرق في الصبيّ بين الصغير والكبير لسلب عبارته وإن كان مميّزاً.

وقوله «ولا منها» على حذف مضاف تقديره: ولا من صاحبها، أي اليد.

قوله: ﴿وإن استندت إلى غيره حكم ظاهراً على إشكال﴾ كما في «جامع المقاصد[٤]» حيث استشكل أيضاً. وقال في «الإيضاح»: الأصحّ عندي وعند والدي عدم قبول دعوى ذي اليد هنا بالرقّ بغير بيّنةٍ شرعيّة[٥].

وقد حكى عن المبسوط في «الإيضاح[٦] وجامع المقاصد[٧]» أنّه يحكم له بشهادة اليد مع اليمين، ومعناه أنّه إذا شهدت له البيّنة باليد حلف معها يميناً وثبت رقّه كما صرّح هو به، فيرجع بالأخرة إلى قبول قول ذي اليد مع اليمين كما يأتي. وقضى له بالملكيّة في «التذكرة» من دون ذكر يمين، قال: لأنّ الظاهر أنّ مَن في يده شيء وهو متصرّف فيه تصرّف السادات في العبيد أنّه ملكه ولم يعرف حدوثها

(١ و٤ و٧) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٢٩ ـ ١٣٠.

(٢) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٥٢.

(٣) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٥.

(٥ و٦) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٤٦ و١٤٥.

فإن بلغ وأنكر ففي زوال الرقّ (الّذي ثبت ظاهراً ـ خ ل) إشكال.

بسبب لا يقتضي الملك[١]، انتهى.

وفيه: أنّه إذا كان لشخصٍ على آخر يد وسلطنة يكون محكوماً بكونه رقّاً له بلا إشكال فكيف استشكل هو هنا؟ ثمّ إنّ الفرض على هذا لا يكاد يتصوّر، فإنّ اللقيط مَن لا يد عليه، فمتى كان عليه يد فليس بلقيط.

وقد صوّر الفرض في «كنز الفوائد» بما إذا قال: هذا عبدي وكان لي عليه يد ثمّ ضلّ فالتقطه، فيتّجه حينئذٍ الإشكال، ويكون منشؤه من أنّ اليد ثابتة وقد أسندها إلى ما يقتضي الملك، فلا يتوقّف الحكم بدلالتها على الملك على العلم بسببها، ومن أنّ الالتقاط هو السبب المعلوم والأصل عدم غيره، فتحال اليد عليه، وهو دالّ على الحرّية، فيحتاج الملك إلى حجّة، وليس هو كاليد الّتي لم يقارنها وصف الالتقاط، لانتفاء المنافي معها، فيقضى فيها بالملك[٢]. وقد يقال[٣]: إنّ هذا الأصل مقطوع بأنّ الأصل في قول المسلم الحجّية مع عدم المنازع. ولعلّه إليه أشار في «التذكرة[٤]» فتندفع عنها المناقشة، وكانت اليمين في المبسوط[٥] استظهاراً، ولعلّ هذا أقوى.

قوله: ﴿فإن بلغ وأنكر ففي زوال الرقّ الّذي ثبت ظاهراً إشكال﴾

هذا الإشكال فرع على الحكم بالرقّية ظاهراً في المسألة السابقة. قال في «التذكرة»: إن كان المدّعي رقّه غير الملتقط وهو صاحب يد وحكمنا له بالرقّية أوّلاً كان القول قول المدّعي، ولا يقبل قول الصغير إلّا أن يقيم البيّنة على الحرّية، لأنّا قد حكمنا برقّه في حال الصغر، فلا يرفع ذلك الحكم إلّا بحجّة، لكن له تحليف المدّعي، وهو

(١ و ٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٨٢ س ٢٠ ـ ٢١.

(٢) كنز الفوائد: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٦٢٧.

(٣) لم نعثر على قائله.

(٥) تقدّم في الصفحة السابقة.

ولو أقام بيّنةً حكم بها سواء أُطلقت أو استُندت إلى سبب كإرثٍ أو شراء.

أحد قولي الشافعيّة. والثاني أنّهُ يقبل قوله إلّا أن يقيم مدّعي الرقّ بيّنة على رقّه، لأنّ الحكم بالرقّ إنّما جرى حين لا قول له ولا منازع، وإذا صار معتبر القول فلابدّ من إقراره أو البيّنة عليه كما لو ادّعى مدّعٍ رقّ بالغ[1]، انتهى. ويرد[2] على الأخير أنّه إذا حكم برقّيّته لليد لا يلتفت إلى إنكاره بعد بلوغه كما في سائر نظائره.

[فيما لو أقام بيّنة على الرقّية اللقيط]

قوله: ﴿ولو أقام بيّنةً حكم بها سواء أُطلقت أو استُندت إلى سبب كإرثٍ أو شراء﴾ هذا هو الأقوى كما في «المبسوط[3]» والأقرب كما في «التذكرة[4]» وبه جزم في «جامع المقاصد[5]» وهو قضيّة إطلاق «التحرير[6]» لشهادتها بالملك ولا يتوقّف قبولها على الاستناد إلى سبب.

وتحرير البحث أنّه إذا ادّعى مدّعٍ رقّ اللقيط أو غيره من الصغار المجهولي النسب وأقام بيّنة فإمّا أن تشهد باليد أو بالملك أو بالولادة.

فإن شهدت بالملك أو اليد لم يقبل إلّا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين كما في «التذكرة[7]» أو شاهد ويمين كما في «التحرير[8]» ولا تقبل شهادة أربع نساء كما في «المبسوط[9]».

(١ و٤ و٧) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٨٢ س ٢٨ و٤١ و٤٠.
(٢) الرادّ هو المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٣٠ ـ ١٣١.
(٣ و٩) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٥٢ و٣٥١.
(٥) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٣١.
(٦ و٨) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٥.

وإن شهدت بالولادة قبلت شهادة المرأة الواحدة أو الرجل الواحد كما في «التذكرة[١]».

فإن شهدت بالملك وأسندته إلى سبب مملّك فلا ريب في قبولها، وإلّا فالأقرب سماعها كما إذا شهدت بالملك مطلقاً والرقّ مطلقاً، كما لو شهدت على الملك في دار أو دابّة أو شبههما فإنّه يكفي الإطلاق فكذا هنا، ولأنّ قيام البيّنة على مطلق ليس بأقلّ من دعوى غير الملتقط رقيّة الصغير في يده، وقد اكتفى بها في «التذكرة[٢]» وكذا «المبسوط» كما تقدّم، ويحتمل أن لا يكتفى بها مطلقة، لأنّا لا نأمن أن يكون قد اعتمدت على ظاهر اليد وتكون اليد يد التقاط، وإذا احتمل ذلك واللقيط محكوم بحرّيّته ظاهراً فلا يزال ذلك الظاهر إلّا بيقين، فلابدّ من ذكر سبب الملك من إرث أو شراء أو اتّهاب، ولا كذلك سائر الأموال، لأنّ أمر الرقّ خطير[٣]. وهو كما ترى.

وإن شهدت باليد فإن كانت يد الملتقط لم يثبت بها ملكه، لأنّا عرفنا سبب يده، ولأنّا لو شاهدناه تحت يده وهو ملتقط وادّعى رقّيّته لم نحكم بها فكيف إذا شهدت له بيد الالتقاط؟ ولو كانت يد غير الالتقاط حكم بها، بل القول قوله مع يمينه كما تقدّم، لكنّه قد (وقد ـ خ ل) عبّر عن هذا في «المبسوط» بقوله: فإن شهدت بالملك فقالت كانت يده عليه أو كان في يده نظرت، فإن كان في يد الملتقط فإنّه لا يحكم له به، وإن كان في يد الغير فإنّه يحكم له بالملك لكن يحلف مع البيّنة[٤]، انتهى. ونحوه ما في «التذكرة» من قوله: أمّا لو كانت في يد أجنبي فإنّه يحكم باليد والقول قوله مع يمينه[٥]. ونحوه ما في «التحرير[٦]» وهذا هو الّذي لا يمكن تصويره. وقول الشيخ

(١ و٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٨٢ س ٤٠ ـ ٤٢ وص ٢٨٣ س ٢.
(٣ و٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٨٢ و٢٨٣ س ٢١ و١ ـ ٦.
(٤) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٥٢.
(٦) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٥.

ولو شهدت بأنّه ولد مملوكته فإشكال، ينشأ من أنها قد تلد حرّاً.

يرجع بالآخرة إلى أنّه يقبل قول ذي اليد غير يد الالتقاط مع اليمين، لأنّ الشهادة على اليد لا تزيد عن مشاهدة اليد.

وإن شهدت البيّنة بالولادة فقالت: هذا ولدته في ملكه فإنّه يحكم بملكه له قطعاً كما في «التذكرة[1]» وهو خيرة «المبسوط[2]» لكنّه جزم في قضاء[3] الكتاب بعدم سماع الدعوى والبيّنة في ذلك، وستسمع بيانه وإن شهدت بأنّه ولد مملوكته فإشكال كما يأتي في كلام المصنّف.

ولو قال المصنّف «أو أسندت» بدل «استندت» لكان أسدّ، لأنّ الإسناد ضدّ الإطلاق.

قوله: ﴿ولو شهدت بأنّه ولد مملوكته فإشكال، ينشأ من أنها قد تلد حرّاً﴾ ومن أنّه نماء جاريته والأصل تبعيّته لها كما في «الإيضاح[4] وجامع المقاصد[5]». وقال في «المبسوط»: إنّ الّذي يقتضيه مذهبنا أنّه لا يكون رقّاً، لأنّه يجوز أن يكون ولدته من زوج حرّ فيكون حرّاً عندنا[6]. ومعناه أنّها شهدت بالأعمّ من رقّيّته، والعامّ لا دلالة له على الخاصّ وهو الأصحّ كما في «الإيضاح[7] وجامع المقاصد[8]» وبه جزم المصنّف في قضاء «الكتاب[9] وكاشف اللثام[10]». وقال في «التذكرة»: إنّ الأقرب الاكتفاء بذلك العامّ، لأنّ شهادتهم لم تستند إلى ظاهر اليد[11].

---

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٨٣ س ٦.

(٢ و٦) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٥١.

(٣ و٩) قواعد الأحكام: في القضاء ج ٣ ص ٤٣٧.

(٤ و٧) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٤٦.

(٥ و٨) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٣١.

(١٠) كشف اللثام: في القضاء ج ١٠ ص ٨٩.

(١١) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٨٣ س ٧ و٦ و٢٠.

ولو بلغ وأقرّ بالعبودية حُكم عليه إن جهلت حرّيته ولم يقرّ بها أوّلاً،

قلت: إذا لم نكتف بالبيّنة المطلقة في الرقّ فلا ريب في عدم الحكم بكونه رقّاً له، لأنّ أمته قد تلد في ملكه حرّاً، ولأنّ غيره قد يملكه، ولذلك قالوا[١] في باب القضاء: لا تُسمع دعواه أنّ هذه ثمرة نخلتي ولا شهادة البيّنة بذلك، لاحتمال تملّك غيره لها.

ومثل قوله «إنّه ولد مملوكته وإنّه ابن أمته» قوله «إنّه ولد مملوكته ولدته في ملكه» إذا كان قوله في «ملكه» راجعاً إلى الوالدة أو الولادة، وأمّا إذا رجع إلى الولد فهو كقوله ولدته مملوكاً له، ولذلك جزم في «المبسوط» بأنّه يحكم بملكه له[٢]. وفي «التذكرة» أنّه يحكم به له قطعاً[٣]. ولعلّهما نظرا إلى أنّ المتبادر من ذلك هو المعنى الأخير.

[فيما لو بلغ اللقيط وأقرّ بالرقّية]

قوله: ﴿ولو بلغ وأقرّ بالعبودية حُكم عليه إن جهلت حرّيته ولم يقرّ بها أوّلاً﴾ عندنا إذا كان عاقلاً رشيداً كما في «المبسوط[٤]» وقطعاً كما في «جامع المقاصد[٥]» وبه جزم في «التذكرة[٦] والتحرير[٧]» لعموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز[٨]. وينبغي أن يقيّد بما إذا لم يستلزم الإقرار ضياع حقّ آخر أو إلزامه بحقّ. وقد تقدّم الكلام فيه في باب البيع[٩].

---

(١) منهم العلّامة في قواعد الأحكام: في القضاء ج ٣ ص ٤٣٧، وظاهر ولده في إيضاح الفوائد: في القضاء ج ٤ ص ٣٢٧، والفاضل الهندي في كشف اللثام: في القضاء ج ١٠ ص ٨٩.

(٢ و ٤) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٥١ و ٣٥٣.

(٣ و ٦) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٨٣ س ٦ و ٢٠.

(٥) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٣١.

(٧) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٣.

(٨) عوالي اللآلي: ج ٢ ص ٢٥٧ رقم ٥.

(٩) لم نعثر على ما يبحث عن عدم سماع الإقرار فيما يوجب ضياع حقّ في البيع ولا في غيره إلّا في بعض موارد الإقرار، فراجع.

ولو أقرّ أوّلاً بالحرّية ثمّ بالعبودية فالأقرب القبول.

ولو أقرّ بالعبوديّة أوّلاً لواحدٍ فأنكر فأقرّ لغيره فإشكال، ينشأ من الحكم بحرّيته بردّ الأوّل إقراره، ومن عموم قبول إقرار العاقل.

قوله: ﴿ولو أقرّ أوّلاً بالحرّية ثمّ بالعبودية فالأقرب القبول﴾ كما في «التحرير[1] والإيضاح[2] وجامع المقاصد[3]» لعموم نفوذ إقرار العقلاء على أنفسهم، ولأنّه يشبه ما إذا أنكرت المرأة الرجعة ثمّ أقرّت. قلت: ليس به ويشبه ما إذا قال هذا ملكي، ثمّ أقرّ به لغيره. وجزم في «المبسوط[4] والتذكرة» بأنّه لا يقبل، لأنّا حكمنا بحرّيته وألزمناه أحكامها من الحجّ والجهاد والطلاق، ويريد بهذا الإقرار إسقاط ذلك عن نفسه فلا يقبل، ولأنّ الحكم بالحرّية بظاهر الدار قد تأكّد بإعرابه عن نفسه فلا يقبل منه ما يناقضه، كما لو بلغ وأعرب عن نفسه بالإسلام ثمّ وصف الكفر فإنّه لا يقبل منه ويجعل مرتدّاً، ولأنّه اعترف بالحرّية وهي حقٌّ لله تعالى فلا يقبل رجوعه في إبطالها[5].

قوله: ﴿ولو أقرّ بالعبوديّة أوّلاً لواحدٍ فأنكر فأقرّ لغيره فإشكال، ينشأ من الحكم بحرّيته بردّ الأوّل إقراره، ومن عموم قبول إقرار العاقل﴾ الأوّل خيرة «المبسوط[6]» لأنّ إقراره الأوّل تضمّن نفي الملك لغيره، فإذا ردّ المقرّ له خرج عن كونه مملوكاً له أيضاً، فكان حرّاً بالأصل، والحرّية مظنّة حقوق الله تعالى والعبادة (والعباد ـ ظ) فلا سبيل إلى إبطالها بالإقرار الثاني.

---

(١) لم نعثر على ذلك في التحرير في مظانّه وهي باب اللقطة والإقرار وإنّما عثرنا عليه في الغصب، راجع التحرير: ج ٤ ص ٥٥٢ الطبع الجديد.

(٢) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٤٦. (٣) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٣١.

(٤ و٦) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٥٢ و٣٥٣.

(٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٨٣ س ٢٦.

ولو سبق منه تصرّف، فإن أُقيم بيّنة على الرقّ جعلت التصرّفات كأنّها صدرت من عبد غير مأذون. ولو عرف رقّه بإقراره لم يُقبل فيما يضرّ بالغير،

وفيه: أنّ إقراره الأوّل تضمّن ثبوت الرقّية المطلقة واستنادها إلى زيد، ولا يلزم من إبطال الثاني إبطال الأوّل، فردّه لا يقتضي حرّيته وإنّما قضى بأنّ الرقّية ليست له. ولهذا لو رجع عن الإنكار إلى الإقرار قُبل. وربّما لم يكن عالماً بالحال أو كان غالطاً أو تعمّد الكذب وشيء من ذلك لا يمنع قبول إقراره الثاني، لأنّ احتمال الصدق قائم فيجب قبوله. والمنشأ الثاني خيرة «التذكرة[1] والتحرير[2] وجامع المقاصد[3]» لعموم قبول إقرار العقلاء، ولما عرفت، وهو الأقرب.

[فيما لو سبق للقيط تصرفات]

قوله: ﴿ولو سبق منه تصرّفٌ، فإن أُقيم منه بيّنة على الرقّ جعلت التصرّفات كأنّها صدرت من عبدٍ غير مأذون﴾ كما في «التحرير[4]» فتنتقض، لأنّه قد ظهر فسادها، لأنّها كانت من دون إذن سيّده، ويستردّ ما دفع إليه من الزكاة والميراث وما أنفق عليه من بيت المال وتباع رقبته فيها كما في «التذكرة[5]».

[حدود ما يقبل إقرار اللقيط فيه]

قوله: ﴿ولو عرف رقّه بإقراره لم يُقبل فيما يضرّ بالغير﴾ قد يقال[6]:

(١ و ٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٨٣ س ٢١ و ٤١.

(٢ و ٤) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٥.

(٣) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٣٢.

(٦) المجموع: ج ١٥ ص ٣١٥ س ١٠، تذكرة الفقهاء: في إقرار اللقيط ج ٢ ص ٢٨٤ س ١ ـ ٤.

فيستمرّ النكاح لو كانت امرأة، ويثبت للسيّد أقلّ الأمرين من المسمّى ومهر المثل،

إذا قبلتم إقراره في الرقّ الّذي هو الأصل فإنّه يجب قبوله في أحكامه الّتي هي فروع له ممّا يضرّه أو يضرّ غيره أو ينفعه. ويجاب بأنّ الشأن فيه كما هو الشأن فيما لو أقرّ على نفسه وعلى غيره، فإنّ إقراره يُقبل عليه ولا يُقبل على غيره، فلا يمضي هنا في الأحكام الّتي تضرّ بغيره. ولم أجد في ذلك تأمّلاً ولا إشكالاً ممّن تعرّض له.

[في اللقيطة إذا أقرّت بالرقّية]

قوله: ﴿فيستمرّ النكاح لو كان امرأة﴾ إذا بلغ اللقيط وكان أُنثى ثمّ عقدت على نفسها عقد النكاح ثمّ أقرّت بالرقّ، فعلى القبول فيما لا يضرّ بالغير فالنكاح صحيح في حقّ الزوج، فإنّه لا يبطل حقّه بمجرّد إقرارها بما يضرّ به وإن كان فاسداً بالنسبة إليها، فإن كان قبل الدخول فلا شيء على الزوج لإقرارها بفساد النكاح، والنكاح الفاسد لا يجب فيه المهر إلّا بالدخول.

قوله: ﴿ويثبت للسيّد أقلّ الأمرين من المسمّى ومهر المثل﴾ أي إذا أقرّت بعد الدخول فإنّه لا يثبت للسيّد إلّا أقلّ الأمرين من المسمّى ومهر المثل كما في «التذكرة[1] وجامع المقاصد[2]». وفي «التحرير» أنّه يثبت له أقلّ الأمرين من المسمّى والعشر أو نصفه[3]. ونحوه ما في «الدروس» حيث قال: يثبت له الأقلّ من المسمّى والعقر[4]. وهذا اختيار منه لأحد القولين فيمن وطئ جارية جاهلاً بالتحريم فالأكثر[5]

---

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٨٤ س ٢٧.

(٢) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٣٢ ـ ١٣٣.

(٣) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٦. (٤) الدروس الشرعية: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٨١.

(٥) قواعد الأحكام: في الغصب ج ٣ ص ٢٣٦.

والأولاد أحرار، وعدّتها ثلاثة قروء،

على أنّه يجب عليه مهر مثلها، وبعضهم [١] ذهب إلى أنّه يجب عليه العشر إن كانت بكراً ونصفه إن كانت ثيّباً للرواية [٢]. وردّ [٣] بأنّ ذلك ورد فيمن اشترى جارية ووطئها وكانت حاملاً وأراد ردّها، وتمام الكلام في محلّه [٤].

وكيف كان، ففي مسألتنا يثبت للسيّد أقلّ الأمرين، لأنّه إن كان المسمّى أقلّ فالزوج ينكر وجوب الزيادة وقولها غير مقبول في حقّه، وإن كان الأقلّ مهر المثل فهي وسيّدها مقرّان بفساد النكاح متّفقان على أنّ الواجب مهر المثل، فلا يجب ما زاد عنه وإن سمّياه كما في «التذكرة [٥]». وفي «جامع المقاصد» أنّه قريب [٦]. ولعلّ الظاهر ثبوت ما زاد إذا أجاز. وهذا إذا لم يكن قد سلّم الزوج المهر إليها، فإن كان قد سلّمه لم يكن للسيّد المطالبة لما تقرّر من عدم سماع إقرارها فيما يضرّ بالغير.

قوله: ﴿والأولاد أحرار﴾ كما في «التحرير [٧] والتذكرة [٨]» صيانة لحقّه لعدم قبول قولها كما أدمنا النكاح لذلك، فلا يجب على الزوج قيمتهم ونسلّمها إلى الزوج تسليم الأحرار (الحرائر ـ خ ل) ولا نبالي بتعطيل المنافع على السيد، وإلّا لعظم الضرر على الزوج.

قوله: ﴿وعدّتها ثلاثة قروء﴾ كما في «التحرير [٩] والتذكرة [١٠] وجامع

---

(١) منهم القاضي في المهذّب: في نكاح الإماء ... ج ٢ ص ٢١٧، وابن سعيد في الجامع للشرايع: في النكاح ص ٤٤٧، والشيخ في النهاية: في العقد على الإماء ... ص ٤٧٧.
(٢) وسائل الشيعة: ب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ١٤ ص ٥٧٧.
(٣) السرائر: في ما لو غصب جارية فوطأها ج ٢ ص ٤٨٩.
(٤) سيأتي في كتاب الغصب في تصرّفات الغاصب الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء الثامن عشر.
(٥ و٨) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٨٤ س ١٤ و١٦.
(٦) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٣٣. (٧ و٩) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٦.
(١٠) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٨٤ س ٢٠ و٣٤.

وفي الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيّام.

ولو قذفه قاذفٌ وادّعى رقّه وادّعى هو الحرّية تقابل أصلا براءة الذمّة والحرّية، فيثبت التعزير.

المقاصد[1]» لأنّ النكاح أثبت له الرجوع فيها جميعها، فليس لها إسقاطه بالإقرار. وأمّا البائن الحائل فله حقّ التصريح في بعض أقسامها بالخطبة في العدّة ويحرم على غيره، وأمّا البائن الحامل فإن قلنا إنّ النفقة لها دون الولد سقطت بإقرارها وتصديق سيّدها، فبقي حقّه بغير معارض.

قوله: ﴿وفي الوفاة بأربعة أشهر وعشرة أيّام﴾ كما في «جامع المقاصد[2]» لأنّ الحداد حقّ للزوج، وفي تعجيل النكاح إضرار بالورثة، لأنّهم يتألّمون بذلك. وفي «التحرير[3] والتذكرة[4]» أنّها تعتدّ عدّة الإماء بشهرين وخمسة أيّام. والفرق أنّ عدّة الطلاق حقّ الزوج وإنّما وجبت صيانة لمائه، ولذلك لا تجب قبل الدخول. قلت: قد حرّر في محله أنّ وجوبها من باب الحكمة لا العلّة. وأمّا عدّة الوفاة فهي حقّ لله عزّ وجلّ لا حقّ فيها للزوج، فلا مراعاة فيها لجانبه، فتأمّل.

ولو كان ذكراً وأقرّ بالرقّية بعد النكاح قبل الدخول فسد النكاح في حقّه وعليه نصف المهر، وإن كان بعد الدخول فسد وعليه المهر كملاً وولده حرّ كأمّه. وهل يتبع بالمهر أو يتعلّق برقبته؟ احتمالان، ولا تبطل تصرّفاته السابقة.

[في اللقيط إن قُذِفَ]

قوله: ﴿ولو قذفه قاذفٌ وادّعى رقّه وادّعى هو الحرّية تقابل

(١ و٢) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٣٣.

(٣) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٦.

(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٨٤ س ١٩.

أصلا براءة الذمّة والحرّيّة، فيثبت التعزير» وفاقاً لحدود «الخلاف[١] والشرائع[٢] والتحرير[٣] والكتاب[٤] والمختلف[٥] وكشف اللثام[٦]» عملاً بأصالة البراءة وبحصول الشبهة الدارئة للحدّ، أو لأنّ الأصلين تساقطا فرجعنا إلى المتيقّن وهو التعزير، وخلافاً «للمبسوط[٧]» في البابين ولقطة «الشرائع[٨] والتحرير[٩] والتذكرة[١٠] والإرشاد[١١] والدروس[١٢] وجامع المقاصد[١٣] والمسالك[١٤]» وكذا «مجمع البرهان[١٥]» حيث أوجبوا الحدّ التام عملاً بأصالة الحرّية، وذهاباً إلى أنّ أصل البراءة هنا لايصلح للتمسّك به ولا للتقابل، لأنّه مقطوع باشتغال الذمّة بعقوبة قذف مَن حكم بحرّيته وجرت أحكام الأحرار عليه حتّى القصاص له.

وليعلم أنّه قد قال في «الدروس[١٦]»: إنّ القول قول المقذوف مع يمينه، وهذا يقضي أنّه لابدّ من تحليفه، وهو قد يظهر من الباقين[١٧].

---

(١) الخلاف: في الحدود ج ٥ ص ٤٠٧ المسألة ٥٢.
(٢) شرائع الإسلام: في الحدود والتعزيرات ج ٤ ص ١٦٤.
(٣) تحرير الأحكام: في القاذف ج ٥ ص ٤٠٤.
(٤) قواعد الأحكام: في القاذف ج ٣ ص ٥٤٤.
(٥) مختلف الشيعة: في الحدود ج ٩ ص ٢٦٦.
(٦) كشف اللثام: في الحدود ج ١٠ ص ٥٢٦.
(٧) المبسوط: في حدّ القذف ج ٨ ص ١٧، وفي حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٤٧.
(٨) شرائع الإسلام: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٢٨٦.
(٩) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٣.
(١٠) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٨١ السطر الأخير وص ٢٨٢ س ١ ـ ٣.
(١١) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤١.
(١٢ و١٦) الدروس الشرعية: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٨٠.
(١٣) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٣٤.
(١٤) مسالك الأفهام: في أحكام اللقيط ج ١٢ ص ٤٧٩ ـ ٤٨١.
(١٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٢٤.
(١٧) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٢٨٦، والشهيد الثاني في ←

ولو قطع حرّ يده تقابلا أيضاً، لكنّ أقرب هنا القصاص،

وليعلم أنّ هذا من المصنّف رجوع إلى أصل الباب أي لو قذف اللقيط قاذف وأنّ هنا مسألتين: الأُولى ادّعـاء المقذوف حرّية نفسه والقاذف رقّه، وهـذه هي المفروضة فـي كلامهم فـي البابين، والثانية ادّعاء القاذف رقّية نفسه حتّى يكون عليه نصف الحدّ بناءً على القول الضعيف في المسألة وادّعاء المقذوف الحرّية حتّى يكون عليه تمام الحدّ بناءً على المشهور، وهذه هي المفروضة في حدود الكتاب. ولمّا اتّحد مأخذ القولين في المسألتين كانتا من سنخٍ واحد وصحّت تسوية المصنّف بينهما في حدود الكتاب توسّعاً.

وفرض المسألة المقدّس الأردبيلي في عبارة الإرشـاد فـي قـذف اللـقيط الصغير وأنّ الحاكم هو الّذي يحدّ القاذف لأنّه وليّه[١]. وهو خطأ في خطأ في حمل العبارة وفي ثبوت الحدّ بقذف الصبيّ، إذ ليس فيه إلّا التعزير. هذا وحيث لانقول بوجوب الحدّ فلا إشكال في وجوب التعزير كما في «المسالك[٢]» ولا نزاع فيه كما في «مجمع البرهان[٣]».

[في اللقيط ان قطعت يده]

قوله: ﴿ولو قطع حرّ يده تقابلا أيضاً، لكنّ الأقرب هنا القصاص﴾

أي لو قطع حرّ يد اللقيط فادّعى القاطع رقّه وادّعى هو الحرّية تقابل أصل براءة الـذمّة والحرّية، لكنّ الأقـرب هنا ثبوت القصاص كما جـزم به فـي «التذكرة[٤]

← مسالك الأفهام: في أحكام اللقيط ج ١٢ ص ٤٨٠، والأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٢٤.

(١ و٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٢٤.

(٢) مسالك الأفهام: في أحكام اللقيط ج ١٢ ص ٤٨٠.

(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقيط ج ٢ ص ٢٨٢ س ٦.

لأنّ العدول إلى القيمة مشكوكٌ، بخلاف التعزير المعدول إليه فـإنّه متيقّن.

والدروس[١]». وفي «جامع المقاصد» أنّه المعتمد[٢]. وفي «الإيضاح» أنّه الأصحّ[٣]. وقد أخذ في «التحرير[٤] والمسالك[٥]» ثبوت القصاص في ضمن كلام لهما مسلّماً، بل في الأخير نفي الخلاف عنه، وأنت إذا لحظت ما ذكرناه في الجناية على النفس عرفت أن لا تقابل بين الأصلين وعرفت ضعف ما ذكروه في التوجيه إثباتاً ونفياً.

قوله: ﴿لأنّ العدول إلى القيمة مشكوكٌ، بخلاف التعزير المعدول إليه فإنّه متيقّن﴾ هذا دفع ما عساه يقال: إنّ الحكمين في المسألتين متنافيان، لأنّ تقابل الأصلين قائم فيهما، فالحكم بالتعزير هناك لاحتمال الرقّية وبالقصاص هنا الّذي لا يثبت إلّا على تقدير الحرّية ممّا لا يجتمعان، فأجاب بما أوضحه في «الإيضاح» وهو أنّه لمّا كان التعزير جزءاً من الحدّ ووجوب الكلّ يستلزم وجوب الجزء فلمّا (فكلّما ـ ظ) وجب الحدّ فالتعزير ثابت، وكلّ ما لم يجب الحدّ فالتعزير ثابت أيضاً، لأنّها مانعة خلوّ لعدم خلوّ الأمر عنهما، فالعدول من الحدّ إلى التعزير عدول من ظاهر إلى متيقّن، لأنّ الظاهر الحرّية شرعاً، وأمّا العدول عن القصاص إلى القيمة فعدول عن الظاهر وهو الحرّية إلى مشكوك فيه[٦].

واعترضه في «جامع المقاصد» بأنّه يشكل الفرق، فإنّ التعزير غير واجب على تقدير الحرّية، بل الواجب قدره في ضمن الحدّ، والتعزير هوذلك القدر المخصوص

---

(١) الدروس الشرعية: في أحكام اللقيط ج ٣ ص ٨٠ ـ ٨١.

(٢) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٣٥.

(٣ و٦) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٤٧.

(٤) تحرير الأحكام: في اللقيط ج ٤ ص ٤٥٣.

(٥) مسالك الأفهام: في أحكام اللقيط ج ١٢ ص ٤٨٠.

دون مازاد، فالعدول إليه أيضاً عدول إلى مشكوك فيه، وبأنّه ينتقض بما ذكره سابقاً في الجناية على النفس، قال: ولا يتوهّم أنّ الاقتصاص (القصاص ـ خ ل) في الطرف أسهل منه في النفس، لأنّ الاقتصاص في الطرف قد يسري إلى النفس، وبأنّ قوله «لأنّ العدول إلى القيمة مشكوك فيه» يقتضي انحصار الحال في العدول إلى القيمة الّتي هي فرع الرقّية، ولم لا يجوز أن يكون العدول إلى الدية الّتي هي فرع الحرّية أو أقلّ الأمرين الّذي هو المتيقّن على كلّ من التقديرين؟ ثمّ قال: والحقّ أنّ كلّ ذلك ضعيف[1].

ونحن نقول: إنّ الفرق بقول مطلق بين القصاص وحدّ القذف ظاهر، لأنّ الثاني أقرب سقوطاً بالشبهة من القصاص فافترقا، وأنّ المقصود من الحدّ الزجر، وذلك حاصل في العدول (المعدول ـ خ ل)إليه والمقصود من القصاص التشفّي، وذلك لايحصل بأخذ المال. وأمّا ما أورده على ما أشار إليه المصنّف من الفرق فجوابه أنّ الحدّ والتعزير ليسا من الأمور الّتي يختلف الحال فيها بكون أحدهما في ضمن الآخر وجزءاً له أو أصلاً، وإنّما المطلوب فيهما معاً مجرّد الضرب، فالقدر الواقع من الضرب في التعزير مشترك بين الحدّ والتعزير، فيثبت التعزير على كلٍّ من تقديري الحرّية والرقّية، إنّما يتّجه الفرق لو تميّزا بالنيّة ونحوها. وعلى الثاني أنّ الفرق بين الطرف والنفس من الواضحات فليلحظ باب القصاص، إذ الفرق بين السنّ والراحية والإصبع واليد وبين النفس أمر واضح. واستوضح ذلك فيما إذا قال له: إن لم تقتل زيداً قتلتك، وبين قوله: إن لم تُقطع يده أو اصبعه أو أنفه أو عينه قتلتك، فإنّ الأكثر[2] جوّزوا له قطع طرفه حفظاً لنفسه وأطبقوا على عدم جواز قتله

(١) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٣٤ ـ ١٣٥.

(٢) منهم العلّامة في قواعد الأحكام: في الجنايات ج ٣ ص ٥٩٠، وفخر المحقّقين في إيضاح الفوائد: في الجنايات ج ٤ ص ٥٦٧، والفاضل الهندي في كشف اللثام: في الجنايات ج ٢ ص ٤٤٤ س ١٠.

ولا ولاية للملتقط عليه، بل هو سائبة يتولّى مَن شاء.

الفصل الثاني: في الحيوان

ويسمّى ضالّة. ويجوز لكلّ بالغٍ عاقلٍ على كراهيّة

حفظاً لنفسه، وعلى الثالث أنّ الأمر دائر بين الحرّية والرقّية، والأصل في الاُولى القصاص والتشفّي والمقابلة بمثل فعله، وليس في الدية تشفّ ولا تثبت إلّا صلحاً، والأصل في الرقّية القيمة، فالأمر في الأصل منحصر في العدول إلى القيمة ولا مجال لاحتمال الدية كما هو واضح.

قوله: ﴿ولا ولاية للملتقط عليه، بل هو سائبة يتولّى مَن شاء﴾ قد تقدّم الكلام [1].

﴿الفصل الثاني: في الحيوان﴾

قوله: ﴿ويسمّى الضالّة﴾ كما صرّحت بذلك عباراتهم [2] وأفصحت به رواياتهم [3].

[حكم التقاط ضالّة الحيوان]

قوله: ﴿ويجوز لكلّ بالغٍ عاقلٍ على كراهيّة﴾ كما طفحت به عباراتهم [4]

---

(١) تقدّم في ص ٥٩٣ ـ ٥٩٤.

(٢) كما في شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٨٨، وفي تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٦ س ٣٠، والدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨١.

(٣) وسائل الشيعة: ب ١٣ من أبواب اللقطة ح ٥ ج ١٧ ص ٣٦٤، وعوالي اللآلي: ج ٣ ص ٤٨٤ رقم ٣.

(٤) كشرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٩٠، وتذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ←

وفي «المبسوط» في الضالّة روى أصحابنا كراهية أخذها مطلقاً[١] ومثله قال في «الخلاف[٢]». وفي «التذكرة» أنّ الالتقاط إن كان في غير الحرم كان مكروهاً عند علمائنا[٣] ذكر ذلك في موضعين من التذكرة في اللقطة والضالّة. وقال في موضع ثالث: أخذ اللقطة مطلقاً عندنا مكروه[٤]. وتتأكّد فيما تكثر فائدته وتقلّ قيمته، وتتأكّد في مطلق اللقطة للفاسق وآكد منه المعسر. وفي «جامع المقاصد» الإجماع على الكراهية في الضالّة إذا لم يتحقّق التلف[٥]. وفي «السرائر[٦]» أخذ اللقطة عند أصحابنا على الجملة مكروه، لأنّه قد روي في الأخبار[٧] أنّه لا يأخذ الضالّة إلّا الضالّون. وفي «الكفاية» أنّ المعروف أنّ أخذها في موضع الجواز مكروه[٨]. وفي «الرياض[٩]» أنّه مذهبهم معروف بينهم ولم يفرّقوا بين الصامت والحيوان.

وفي «مجمع البرهان[١٠]» حيث أخذ في الاستدلال على الكراهية في اللقطة والضوالّ، قال: يدلّ على الكراهية بعد الإجماع المفهوم من التذكرة النهي الوارد في الروايات، وذكر الأخبار[١١] الواردة في اللقطة، وفي الخبر: «إيّاكم واللقطة فإنّها ضالّة المؤمن، وهي حريق من حريق جهنّم»[١٢] فتأمّل. وفيه: «لا يأخذ الضالّة إلّا

← ج ٢ ص ٢٦٩ س ٣، وجامع المقاصد: في لقطة الحيوان ج ٦ ص ١٣٥.
(١) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢١.
(٢) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٧٩ مسألة ٣.
(٣) تذكرة الفقهاء: في الالتقاط ج ٢ ص ٢٥١ س ٥، وفي لقطة الحيوان ص ٢٦٦ س ٣٠.
(٤) تذكرة الفقهاء: في الالتقاط ج ٢ ص ٢٥١ س ٣١.
(٥) جامع المقاصد: في لقطة الحيوان ج ٦ ص ١٣٦.
(٦) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١١٢.
(٧ و١١) وسائل الشيعة: ب ١ و٢ من أبواب اللقطة ج ١٧ ص ٣٤٧ ـ ٣٥١.
(٨) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٢٤.
(٩) رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩١ ويوجد فيه سقط.
(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٧٠.
(١٢) وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب اللقطة ح ٨ ج ١٧ ص ٣٤٩.

الضالّون» كما سمعته عن السرائر، وفي الصحيح في الضالّة: «ما أحبّ أن أمسّها»[١] وروى العامّة عن النبيّ صلى الله عليه وآله: «لا يأوي الضالّة إلّا ضالّ»[٢]. قال في «المبسوط»: وقيل: «لا يؤوي» بضمّ الياء وهو الأصحّ[٣]. وروى العامّة أيضاً عنه صلى الله عليه وآله «ضالّة المؤمن من حريق النار»[٤] أي لهبها. وأمّا الأخبار[٥] الّتي تدلّ على الكراهيّة في المال الصامت فكثيرة جدّاً، وهي تدلّ على ما نحن فيه دلالة ظاهرة. ثمّ إنّه إذا أخذ اللقطة ضالّة أو غيرها يكون قد عرض نفسه لاحتمال الوقوع في الحرام، لأنّ حفظها وتعريفها ودفعها لواصفها اُمور دقيقة.

واستدلّ جماعة منهم صاحب «جامع المقاصد[٦]» بالخبر: «لا يأكل من الضالّة إلّا الضالّون»[٧] ومثله الآخر بدون «من»[٨] ومثله الآخر: «الضوالّ لا يأكلها إلّا الضالّون إذا لم يعرّفوها»[٩] وليس بجيّد لورودها في الأكل دون الأخذ الّذي هو محلّ البحث، بل ربّما كان في الأخير إشعار باختصاص المنع بالأكل دون الأخذ، فتأمّل، وكأنّ كلام جامع المقاصد في المقام غير محرّر.

ويُعلم من ذلك أنّ حفظ مال المسلم غير واجب ما لم يكن متصرّفاً فيه وتحت يده. وحكي في «التذكرة[١٠]» وجهاً عن أبي حنيفة بوجوب أخذ اللقطة لكون المؤمنين

(١ و٨) وسائل الشيعة: ب ١٣ و١ من أبواب اللقطة ح ٥ ج ١٧ ص ٣٦٤ و٣٤٨.

(٢) سنن ابن ماجة: في اللقطة ج ٢ ص ٨٣٦ ح ٢٥٠٣.

(٣) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣١٨.

(٤) السنن الكبرىٰ للبيهقي: في اللقطة ج ٦ ص ١٩٠، وعوالي اللآلي: ج ٣ ص ٤٨٥ وفيهما وفي غيرهما «حرق النار» بدل «حريق النار».

(٥) وسائل الشيعة: ب ٤ و٥ من أبواب اللقطة ج ١٧ ص ٣٥٤.

(٦) جامع المقاصد: في لقطة الحيوان ج ٦ ص ١٣٦.

(٧) وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب اللقطة ح ٧ ج ١٧ ص ٣٤٩.

(٩) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ٤ ج ١٧ ص ٣٥٠.

(١٠) الموجود في التذكرة هو حكاية الوجوب عن الشافعي وأصحابه، فراجع تذكرة الفقهاء: في الالتقاط ج ٢ ص ٢٥١ س ١٢.

بعضهم أولياء بعض فيكون كوليّ الأيتام، وأنّ حرمة مال المسلم كدمه. والجواب ظاهر.

وظاهر «المقنعة[1] والنهاية[2]» أنّه لا يجوز أخذ الضالّة إذا كانت في كلاء وماء، قالا: فإن وجد بعيراً قد خلاه صاحبه من جهد وكلال وكان في كلاء وماء لم يجز أخذه، فإن وجده في غير كلاء ولا ماء كان له أخذه ولم يكن لأحد بعد ذلك منازعته، وكذلك إن وجد دابّة فالحكم فيها كالحكم في البعير سواء. وقال في «الدروس[3]»: وظاهر الشيخين التحريم في الحيوان.

هذا ويندرج في البالغ المرتدّ عن فطرة مع أنّه ليس له أن يلتقط. قال في «جامع المقاصد»: لو التقط بني على أنّه لو حاز المباحات هل تنتقل إلى ذرّيّته أم لا فيجوز انتزاعها من يده لكلّ أحد؟ فمهما حكم به هناك يأتي مثله هنا[4]. قلت: الأقرب أنّه لا ينتقل إلى ورثته، لأنّ وجوب قتله في كلّ آنٍ ينافي جواز تملّكه لشيءٍ من الأشياء في آنٍ من الآنات، فحينئذٍ لا حكم لالتقاطه، بل تكون اللقطة في يده كما لو كانت في الأرض لكلّ أحدٍ أخذها من يده ويكون هذا الأخذ التقاطاً من الآخذ، وإنّما يورث عنه ما يدخل في ملكه.

[في شرائط الملتقط]

ويخرج بالبالغ العاقل الصبيّ والمجنون، وعبارة «الشرائع» تؤذن بالتأمّل في جواز التقاطهما الضالّة، قال: وأمّا الصبيّ والمجنون فقطع الشيخ ﷺ فيهما بالجواز، لأنّه اكتساب، وينتزع ذلك الوليّ ويتولّى التعريف سنة، فإن لم يأتِ مالك فإن كان الغبطة في تملّكه وتضمينه إيّاها فعل، وإلّا أبقاها أمانة[5]. وخيرة «المبسوط[6]» هو

---

(١) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٨. (٢) النهاية: في اللقطة والضالة ص ٣٢٢.

(٣) الدروس الشرعية: في لقطة الأموال ج ٣ ص ٨٥.

(٤) جامع المقاصد: في اللقطة في الحيوان ج ٦ ص ١٣٥.

(٥) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٩٠. (٦) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٤.

الّذي تعطيه عبارة «الغنية[١]» وهو صريح «النافع[٢] والشرائع[٣]» أيضاً في تعريف الملتقط و«التحرير[٤] والتذكرة[٥] والكتاب» فيما يأتي[٦] و«الدروس[٧] واللمعة[٨]» وغيرها[٩]. وفي «المسالك[١٠] والكفاية[١١]» أنّه مذهب الأكثر، بل لم ينقل فيه خلاف. وفي «الرياض[١٢]» إنّا لم نقف على مخالف. وما أبعد ما بين هذا وبين قوله في «المفاتيح»: يشترط في الملتقط أهليّة الاكتساب عند قوم وأهليّة الحفظ عند آخرين وإحدى الأهليّتين عند ثالث[١٣]. ولعلّ نظره إلى الكتاب وإلى كلامي الشرائع، وإلّا فالتتبّع يقضي بخلاف ما قال، لكن ما حكي عن المبسوط إنّما ذكره في لقطة المال لا الضوالّ. ويأتي تمام الكلام[١٤] عند تعرّض المصنّف له.

وتنقيح البحث أن يقال[١٥]: إنّ أخبار الباب[١٦] الواردة في أحكام اللقطة على كثرتها خاصّة بالمكلّفين بحكم التبادر وتضمّنها الأمر بالحفظ أو التصدّق أو التملّك،

(١) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٢ ـ ٣٠٤.
(٢) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٤.
(٣) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٩٤.
(٤) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٥.
(٥) تذكرة الفقهاء: في ملتقط الضالّة ج ٢ ص ٢٦٩ س ٥ ـ ٦.
(٦) سيأتي في ص ٦٨٥ ـ ٦٨٧.
(٧) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٩٢.
(٨) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٩ ـ ٢٤٠.
(٩) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ١٠٨.
(١٠) مسالك الأفهام: في شروط ملتقط الحيوان ج ١٢ ص ٥٠٢ ـ ٥٠٣.
(١١) كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٨.
(١٢) رياض المسائل: في أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٤٢٦.
(١٣) مفاتيح الشرائع: في ما يشترط في الملتقط ج ٣ ص ١٨٣.
(١٤) سيأتي في ص ٧١٥ ـ ٧٢٤.
(١٥) كما في رياض المسائل: في أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٤٢٦.
(١٦) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ج ١٧ ص ٣٤٩ ـ ٣٥٣.

إلّا مع تحقّق تلفه

ولا يتوجّه إلى غيره، فالحكم بالجواز بمعنى ترتّب أحكام اللقطة عليه مشكل بعد اقتضاء الأصل العدم. وأمّا الجواز بمعنى الإباحة المقابل للحرمة فهو من صفات المكلّفين فلاوجه له في المقام، لكن هذا الإشكال يقضي باعتبار الأهليّتين معاً ولا قائل بذلك، فتعيّن المصير إلى ما عليه الأصحاب، وقد يستفاد من بعض أخبار الباب.

وليعلم أنّ اللقطة تشتمل على نوع أمانة وولاية واكتساب. أمّا الأمانة والولاية ففي ابتداء أمرها، لأنّ الملتقط يجب عليه التعريف حولاً، فهو في مدّة الحول أمين قد فوّض إليه الشارع حفظها. وأمّا الاكتساب ففي انتهاء أمرها، لأنّ له أن يتملّك اللقطة بعد الحول. وأمّا القلب ففيه وجهان: أحدهما أنّ فيه معنى الأمانة والولاية لأنّهما ناجزان والتملّك منتظر فيناط الحكم بالحاضر ويبنى الآخر على الأوّل، والثاني: معنى الاكتساب، لأنّه مال الأمر ومقصوده، فالنظر إليه أولى، ولأنّ الملتقط مستقلّ بالالتقاط، وآحاد الناس لا يستقلّون بالأمانات إلّا بائتمان المالك ويستقلّون بالاكتساب، فإذا اجتمع في الشخص أربع صفات: الإسلام والحرّية والتكليف والعدالة فله أن يلتقط ويتملّك إجماعاً، لأنّه أهل الأمانة والولاية والاكتساب، وإن تخلّف بعضها جاء فيه وجهان. فالصبيّ والمجنون من أهل الاكتساب وليسا من أهل الولاية، والعبد له أهليّة الأمانة دون الولاية، وفي أهليّته للاكتساب خلاف، والكافر والفاسق ليسا بأهل للولاية والأمانة، ولهما أهلية الاكتساب كما ستسمع [1] ذلك كلّه إن شاء الله تعالى.

[حكم التقاط ضالّة الحيوان إذا تلفت]

قوله: ﴿إلّا مع تحقّق تلفه﴾ فإنّه لا كراهيّة في التقاطه ـ أي الحيوان ـ

---

(١) سيأتي في ص ٦٢٩ ـ ٦٣٣.

كما في «المبسوط[١] والشرائع[٢] والنافع[٣] والتذكرة[٤] والتحرير[٥] والدروس[٦] واللمعة[٧] والتنقيح[٨] وجامع المقاصد[٩] والمسالك[١٠] والروضة[١١] والكفاية[١٢] والرياض[١٣]».

ويدلّ عليه بعد العقل الأصل وانتفاء الفائدة للمالك على تقدير تركها، ولايردّه رواية الشاة حيث قال عليه السلام: «هي لك أو لأخيك أو للذئب وما أحبّ أن أمسّها»[١٤] لأنّه يُفهم منها عدم تحقّق التلف، بل استحبّ في «المبسوط» له أخذها إذا كان أميناً في مفازة أو في خراب أو في عمران لكنّ الناس ليسوا أُمناء[١٥]. وقال أبو عليّ[١٦]: لو أخذها لصاحبها حفظاً عن أخذ مَن لا أمانة له رجوت أن يؤجر، بل في «الروضة[١٧] والرياض[١٨]» أنّه قد يجب كفاية إذا عرف صاحبها.

(١ و١٥) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢١.
(٢) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٨٩.
(٣) المختصر النافع: في الضوالّ ص ٢٥٣.
(٤) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٦ س ٣٢.
(٥) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٥٧.
(٦) الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٢.
(٧) اللمعة الدمشقية: في لقطة الحيوان ص ٢٣٨.
(٨) التنقيح الرائع: في الضوالّ ج ٤ ص ١٠٩.
(٩) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٣٥.
(١٠) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩١.
(١١ و١٧) الروضة البهية: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٨٣.
(١٢) كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ص ٢٣٥ س ٩.
(١٣ و١٨) رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩١.
(١٤) وسائل الشيعة: ب ١٣ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٦٣.
(١٦) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٨٩.

وإن كان عبداً

قوله: ﴿وإن كان عبداً﴾ كما في «المبسوط[١] والخلاف[٢] والغنية[٣] وكشف الرموز[٤] والتذكرة[٥] والتحرير[٦] والمختلف[٧] واللمعة[٨] وجامع المقاصد[٩] والروضة[١٠] والكفاية[١١]» وهو الّذي استقرّ عليه رأيه في «الشرائع[١٢]» في موضعين و«النافع[١٣]» ومال إليه أو قال به في «التنقيح[١٤]» وظاهر «التذكرة[١٥]» الإجماع عليه. وهو كذلك، لأنّه لم يعرف الخلاف إلّا من أبي عليّ[١٦] وإلّا فالقدماء بين من ظاهره ذلك وبين مصرّح به كما قاله في «الدروس[١٧]»: وفي

(١) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٥.
(٢) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٨٣ مسألة ٨.
(٣) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٤.
(٤) كشف الرموز: في اللقطة ج ٢ ص ٤١٤.
(٥) تذكرة الفقهاء: في ملتقط الضالّة ج ٢ ص ٢٦٩ س ٧.
(٦) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٦.
(٧) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٢ و١٠٣.
(٨) اللمعة الدمشقية: في لقطة الحيوان ص ٢٣٩.
(٩) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٣٦.
(١٠) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ٩٠.
(١١) كفاية الأحكام: في اللقطة ص ٢٣٨ س ١٢ وص ٢٣٦ س ٨ في الحاشية.
(١٢) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٩٠، وفي لقطة الأموال ص ٢٩٤.
(١٣) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٤.
(١٤) التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١٢٥ ـ ١٢٦.
(١٥) تذكرة الفقهاء: في الملتقط ج ٢ ص ٢٥٢ س ٣٦.
(١٦) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: ج ٦ ص ١٠٣ ـ ١٠٤.
(١٧) عبارة الدروس المطبوعة عندنا تختلف عن عبارته المحكية عنه في الشرح، قال ←

«المختلف[١] والدروس[٢]» أيضاً أنّه المشهور وفي «المسالك[٣] والكفاية[٤]» أنّه الأشهر، ولا يعجبني ذلك فلا أقلّ من التعبير بالمشهور لانحصار الخلاف في أبي عليّ كما عرفت. ولم يتأمّل أحد قبل المحقّق[٥] ثمّ إنّه وافق. نعم صاحب «الدروس[٦]» استشكل. وقد يقال[٧]: إنّه مختار الفقيه، لأنّه روى خبر أبي خديجة[٨]. وقال في «جامع المقاصد[٩]» إنّ ظاهر التذكرة أنّه إجماعي ساكتاً عليه.

وممّا يمكن أن يحتجّ به لأبي عليّ خبر أبي خديجة عن الصادق عليه السلام قال: ما للمملوك واللقطة المملوك لا يملك من نفسه شيئاً فلا يعرض

➜ في النسخة المطبوعة من الدروس: وفي جواز التقاط العبد بدون إذن السيّد نظر من رواية أبي خديجة لا يعرض لها المملوك وهو خيرة ابن الجنيد ومن أهلية التكسّب، وهو ظاهر جماعة ومصرّح آخرين، انتهى. الدروس: ج ٣ ص ٩٢. وفي نسخة اُخرى قديمة ص ٣٠٤ بعد قوله: «ومن أهلية التكسّب»: وهو المشهور، ولا يخفى عليك أنّ الحكم المذكور لو كان مشهوراً فلا يناسب قوله «وهو ظاهر جماعة ومصرّح آخرين» فإنّ الشهرة تحتوي على التصريح من جماعة فضلاً عن ظهور جماعة اُخرى، فالصحيح ما حكاه عنه الشارح من أنّ القدماء رضوان الله عليهم كانوا بين مَن هو ظاهره وبين مَن هو صريح كلامه، فيناسب نقله الشهرة عليه من الفقهاء أو من متأخّريهم، فالعبارة في الحقيقة كانت هكذا: وفي جواز التقاط العبد بدون إذن السيّد نظر من رواية أبي خديجة لا يعرض لها المملوك وهو خيرة ابن الجنيد ومن أهلية التكسّب وهو المشهور، وأمّا القدماء فبين مَن ظاهره ذلك وبين مَن صرّح به.

(١) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٣.

(٢) تقدّم ما يتعلق بذلك في الصفحة السابقة هامش ١٧.

(٣) مسالك الأفهام: في شروط ملتقط الحيوان ج ١٢ ص ٥٠٣.

(٤) كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٩.

(٥) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٩٠.

(٦) الدروس: في اللغة ج ٣ ص ٩٢.

(٧) لم نعثر على قائله فيما بأيدينا من الكتب، فراجع.

(٨) وسائل الشيعة: ب ٢٠ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٧٠.

(٩) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٣٦.

لهـا. وأنّ الالتقاط يلزمه جواز التملّك، واللازم غير متحقّق فينتفي الملزوم، مضافاً إلى الأصل واختصاص ما دلّ على جواز الالتقاط بالحرّ لتبادره أو لتصريح كثير من النصوص [١] والفتاوى بجواز التملّك والصدقة بعد التعريف، وليس العبد أهلاً لهما.

وأُجيب [٢] بأنّ الخبر ليس صريحاً في التحريم فيحمل على الكراهيّة، فتأمّل. ورماه في «المسالك [٣]» بأنّ أبا خديجة مشترك بين الثقة والضعيف. قلت: قد صرّح في «الفقيه [٤]» بسالم بن مكرم، وأما في «التهذيب [٥]» فرواية أحمد بن عائذ تعيّنه، والأصحّ عندنا توثيق سالم بن مكرم، فالخبر صحيح. ويجاب عن الاستدلال بالأصل بأنّ الأصل المستفاد من عمومات الأخبار الجواز كما في «المبسوط [٦] والخلاف [٧]» وعن الثاني والرابع بأنّ يد العبد يد سيّده فكأنّ السيّد هو الملتقط والمتملّك والمتولّي للتعريف، وكما يعتبر اصطياده واحتطابه يعتبر التقاطه ويكون الحاصل للسيّد، ولا اعتبار بقصده، فلا وجه للإشكال ولا للاستدلال بأنّ له أهليّة الحفظ كما في موضع من «الشرائع [٨]» وغيرها [٩] وزيادة أهليّة الاكتساب كما في آخر

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ج ١٧ ص ٣٤٩ ـ ٣٥٣، وب ٢٠ ص ٣٧٠.
(٢ و٣) مسالك الأفهام: في شروط ملتقط المال ج ١٢ ص ٥٣٨.
(٤) من لا يحضره الفقيه: باب اللقطة والضالّة ج ٣ ص ٢٩٤ ح ٤٠٥٤.
(٥) تهذيب الأحكام: في باب اللقطة والضالّة ج ٦ ص ٣٩٧ ح ١١٩٧.
(٦) المبسوط: في لقطة العبد ج ٣ ص ٣٢٥.
(٧) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٨٣ ـ ٥٨٤ مسألة ٨.
(٨) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٩٠.
(٩) كرياض المسائل: في اللقطة ج ١٢ ص ٤٢٧.

أو كافراً

منها[١] فكان كالصبيّ. ويبقى الكلام فيما إذا لم يعلم مولاه بذلك وعرّفها بنفسه وغيره من الفروع الّتي تأتي[٢] في كلام المصنّف في لقطة المال، والغرض أن ليس التقاطه كالتقاط المرتدّ عن فطرة، ومحلّ البحث ما إذا وقع بدون إذن المولى ونهيه، فإن كان الأوّل ـ كأن قال له: إذا وجدت ضالّة فخذها ـ جاز عند علمائنا كما في «التذكرة[٣]» وإن كان الثاني فهي كالملقاة على الأرض. وأمّا المكاتب والمدبّر وأُم الولد فلهم الالتقاط من دون تردّد كما في «كشف الرموز[٤]» وغيره[٥].

قوله: ﴿أو كافراً﴾ كما في «المبسوط[٦] والشرائع[٧] والتذكرة[٨] والتحرير[٩]» وسائر ما تأخّر[١٠] بلا خلاف منّا. وفي «المسالك[١١]» أنّ للكافر والفاسق أهليّة الاكتساب والأظهر الجواز فيهما، بل لم ينقل الأصحاب فيه خلافاً. وفي «الكفاية[١٢]» الأشهر الأقرب عدم اعتبار الإسلام، بل لم ينقل الأصحاب فيه خلافاً. وأولى بعدم الاشتراط العدالة، انتهى فتأمّل في قوله الأشهر.

(١ و٧) شرائع الإسلام: في الملتقط ج ٣ ص ٢٩٤.
(٢) ستذكر في ص ٧٢٠ ـ ٧٣٠ هذه الفروع وغيرها.
(٣ و٨) تذكرة الفقهاء: في الملتقط ج ٢ ص ٢٥٢ س ٣٦ و١٣.
(٤) كشف الرموز: في اللقطة ج ٢ ص ٤١٤.
(٥) كتحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٦.
(٦) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٣٠.
(٩) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٥.
(١٠) كما في جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٣٦ ومسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥٠٤ و٥٣٦، والدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٩٢.
(١١) مسالك الأفهام: في أحكام الحيوان الملتقط ج ١٢ ص ٥٠٤.
(١٢) كفاية الأحكام: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٥٢٩.

أو فاسقاً ـ التقاط كلّ حيوان مملوك ضائع لا يد لأحد عليه في الفلاة. فالبعير لا يؤخذ إن كان صحيحاً،

قوله: ﴿أو فاسقاً﴾ قد تقدّم الكلام[1] فيه. وهو أيضاً ممّا لا خلاف فيه لأحد منّا.

قوله: ﴿التقاط كلّ حيوان مملوك ضائع لا يد لأحد عليه في الفلاة﴾ التقاط فاعل يجوز. وقد اقتصر في «النافع[2]» على قوله كلّ حيوان مملوك ضائع، وزيد في «الشرائع[3] والتذكرة[4]» لا يد لأحدٍ عليه. ويدخل في الكلّية البعير الصحيح والّذي في كلأ وماء وغيره ممّا لا يجوز أخذه، وكأنّهما عرّفا الحيوان الملتقط أعمّ من جواز لقطته وعدمه، ولو قالا: إلّا ما يستثنى لكان أجود. والمراد بالضائع الضالّ عن صاحبه، سواء كان بيد ملتقط أم لا، ومن ثمّ جمعا بينه وبين قولهما ولا يد عليه ليخرج الحيوان الضائع عن مالكه بيد الملتقط، فتأمّل. وخرج بقوله «في الفلاة» الضائع في العمران فإنّه لا يعدّ لقطة ولا يجوز أخذه.

[حكم التقاط ضالّة الإبل]

قوله: ﴿فالبعير لا يؤخذ إن كان صحيحاً﴾ كما في «المقنع[5]» وسائر ما تأخّر عنه[6] حتّى «الرياض[7]» صراحةً أو ظهوراً. وما خالف فيه إلّا

(١) تقدّم في ص ٥٣١ ـ ٥٣٤.

(٢) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٣.

(٣) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٨٨.

(٤) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٦ س ٣٠.

(٥) المقنع: في باب اللقطة ص ٣٨٠.

(٦) كالمبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣١٨، وشرائع الإسلام: في الحيوان الملتقط ج ٣ ص ٢٨٩، وتحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٥٧.

(٧) رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩١ ـ ٣٩٢.

أو كان في كلأٍ وماء،

أبو حنيفة[١]. وفي «الغنية[٢]» مَن وجد ضالّة الإبل لا يجوز له أخذها بإجماع الطائفة. وفي «الكفاية[٣]» نسبته إلى الأصحاب. وفي «غاية المرام[٤]» الإجماع عليه. وفي صحيح الحلبي[٥] وحسنة هشام بن سالم[٦] بإبراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: جاء رجل إلى النبيّ صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله صلى الله عليه وآله إنّي وجدت بعيراً؟ فقال: معه حذاؤه وسقاؤه، حذاؤه خفّه وسقاؤه كرشه. وفي صحيح معاوية بن عمّار[٧] قال: وسئل عن البعير الضالّ فقال: للسائل ما لك وله خفّه حذاؤه وكرشه سقاؤه، خلّ عنه. ونحوه مرسل «الفقيه[٨]».

والمراد بالصحيح غير المكسور والمريض فيدخل المجهد. ولا يفرق فيما إذا كان صحيحاً بين كونه في كلأ وماء أو في أحدهما أو لم يكن واحد منهما.

قوله: ﴿أو كان في كلأٍ وماء﴾ أي وإن كان غير صحيح كما في «المقنعة[٩] والنهاية[١٠] والمراسم[١١] والوسيلة[١٢] والشرائع[١٣] والتذكرة[١٤]

---

(١) المبسوط للسرخسي: ج ١١ ص ١٠ ـ ١١.

(٢) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٣.

(٣) كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٤.

(٤) غاية المرام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ١٤٩.

(٥ ـ ٧) وسائل الشيعة: ب ١٣ من أبواب اللقطة ح ١ و٥ ج ١٧ ص ٣٦٤.

(٨) من لا يحضره الفقيه: في باب اللقطة والضالّة ج ٣ ص ٢٩٥ ح ١١.

(٩) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٨.

(١٠) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٢.

(١١) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦.

(١٢) الوسيلة: في اللقطة والضالّة ص ٢٧٨.

(١٣) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٢٨٩.

(١٤) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٦ ـ ٢٦٧.

والتحرير[١] والدروس[٢] والتنقيح[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥] والروضة[٦] والكفاية[٧] والرياض[٨]» ويعطيه إطلاق بعض الباقين[٩] فيندرج في معقد إجماع «الغنية[١٠]». وفي «غاية المرام[١١]» الإجماع عليه. وقد يلوح ـ أي الإجماع ـ من «التنقيح[١٢]». وفي «الكفاية[١٣]» نسبته إلى الأصحاب، وإطلاق الخبرين الأوّلين يتناوله على الظاهر، لكن في «اللمعة[١٤] والمفاتيح[١٥]» إذا وجد في كلأ وماء صحيحاً، فيكونان مخالفَين، فتأمّل. ولعلّ كلام الأصحاب مقيّد بما إذا قدر على الانتفاع بهما ـ أي الكلأ والماء ـ ولو كان بحيث لا يقدر على الانتفاع بهما لمرضه وتعبه فهو كعادمهما، لكن ظاهر إطلاق الأصحاب وروايتي السكوني ومسمع يخالف ذلك كما ستسمع[١٦]. ولعلّ المدار على الترك المفيد للإعراض كما ستسمع[١٧].

---

(١) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٥٧.
(٢) الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨١ ـ ٨٢.
(٣ و ١٢) التنقيح الرائع: في الضوالّ ج ٤ ص ١١٠ و ١١١.
(٤) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٣٧.
(٥) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٢.
(٦) الروضة البهيّة: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٨٣.
(٧) كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٤.
(٨) رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩١.
(٩) منهم القاضي في المهذّب: في اللقطة والضوالّ ج ٢ ص ٥٦٩، والحلّي في السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٧، وأبو الصلاح في الكافي في الفقه: في اللقطة ص ٣٥١.
(١٠) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٣.
(١١) غاية المرام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ١٤٩.
(١٣) كفايه الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٤.
(١٤) اللمعة الدمشقية: في لقطة الحيوان ص ٢٣٨.
(١٥) مفاتيح الشرائع: في حكم الحيوان الضالّة ج ٣ ص ١٨٠.
(١٦) سيأتي في ص ٦٣٩.
(١٧) سيأتي في ص ٦٣٩ ـ ٦٤١.

فإن أخذه حينئذٍ ضمنه.

ويبرأ بتسليمه إلى المالك أو الحاكم مع فقده، لا بإرساله في موضعه، ويرسله الحاكم في الحمى،

والكلأ كجبل العشب رطبه ويابسه.

قوله: ﴿فإن أخذه حينئذٍ ضمنه﴾ بلا خلاف فيما أجد من الخاصّة والعامّة، لأنّه أخذ ملك غيره بغير إذنه ولا إذن من الشارع فهو كالغاصب والسارق.

قوله: ﴿ويبرأ بتسليمه إلى المالك أو الحاكم مع فقده، لا بإرساله في موضعه﴾ المخالف في ذلك أبو حنيفة[١] ومالك[٢] لأنّ عمر قال: أرسله في الموضع الّذي أصبتهُ فيه. وفيه: أنّه كما لو سرق متاع غيره ثمّ طرحه في دار غيره (داره ـ خ ل) فإنّه لا يزول ضمانه.

قوله: ﴿ويرسله الحاكم في الحمى﴾ كما في «المبسوط[٣] والسرائر[٤] والشرائع[٥] والتذكرة[٦] والتحرير[٧] والدروس[٨] والتنقيح[٩] وجامع المقاصد[١٠] والمسالك[١١]» والمراد الحمى الّذي حماه الإمام لخيل المجاهدين والضوالّ.

---

(١) بدائع الصنائع: ج ٦ ص ٢٠٠.

(٢) راجع المغني لابن قدامة: ج ٦ ص ٣٤٢، والشرح الكبير: ج ٦ ص ٣٢٣.

(٣) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣١٩.

(٤) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٠.

(٥) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٨٩.

(٦) تذكرة الفقهاء: في ملتقط الضالّة ج ٢ ص ٢٦٩ س ٢١ و٢٨.

(٧) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٥٧.

(٨) الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٢.

(٩) التنقيح الرائع: في الضوالّ ج ٤ ص ١١٠.

(١٠) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٣٧.

(١١) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٣.

فإن لم يكن باعه وحفظ ثمنه لمالكه.

قوله: ﴿فإن لم يكن باعه وحفظ ثمنه لمالكه﴾ كما في «المبسوط[١] والشرائع[٢] والتحرير[٣]». وقال في موضع من «التذكرة[٤]»: ثمّ إن كان له حمى تركها فيه إن رأى المصلحة في ذلك، وإن رأى المصلحة في بيعها أو لم يكن له حمى باعها بعد أن يصفها ويحفظ صفاتها ويحفظ ثمنها، فقد خالفت ظاهر الكتاب ومَن وافقه، إذ ظاهرهم أنّ الحاكم إنّما يبيعه مع فقد الحمى. وخيرة التذكرة خيرة «الدروس[٥] والتنقيح[٦]». وفي «جامع المقاصد[٧] والمسالك[٨]» أنّه حسن.

ولو لم يجد الحاكم هل يجوز له بيعه أم لا؟ الظاهر الثاني. وعلى تقدير عدم البيع يبقى في يد قابضه مضموناً إلى أن يجد المالك أو الحاكم، ويجب عليه الإنفاق عليه، وفي رجوعه به مع نيّته وجهان من دخوله على التعدّي الموجب لعدم الرجوع كما في «المهذّب البارع[٩]» وعليه نزّل عبارة النافع، وخلافه (وخالفه ـ خ ل) وهو خلاف ما فهموه منها. وينبغي القطع بعدم الرجوع وإن وجب عليه الحفظ، ومن أمره بالإنفاق شرعاً حين يتعذّر عليه أحد الأمرين فلا يتعقّب الضمان. ولا ترجيح

---

(١) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣١٩.

(٢) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٨٩.

(٣) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٥٧.

(٤) تذكرة الفقهاء: في ملتقط الضالّة ج ٢ ص ٢٦٩ س ٢٨.

(٥) الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٢.

(٦) التنقيح الرائع: في الضوالّ ج ٤ ص ١١٠.

(٧) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٣٧.

(٨) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٣.

(٩) ما نسبه الشارح إلى المهذّب البارع من الحكم بعدم الرجوع ومن تنزيله عبارة النافع عليه لم نعثر عليه في النسخة المطبوعة الموجودة لدينا، ولعلّ نسخة الشارح كانت على غير ما بأيدينا فراجع المهذّب البارع: ج ٤ ص ٣٠٣ ـ ٣٠٤.

ولو تركه من جهدٍ في غير كلأً ولا ماء جاز أخذه،

في «المسالك[١] والكفاية[٢]».

قوله: ﴿ولو تركه من جهدٍ في غير كلأً ولا ماء جاز أخذه﴾ كما في «المقنعة[٣] والنهاية[٤] والمراسم[٥]» وسائر ما تأخّر[٦] عنها، سوى المبسوط والخلاف والغنية والسرائر والوسيلة، فإنّه لم يذكر في الأربعة[٧] الأُول ولا في المقنع، وقد يظهر من إطلاق بعضها[٨] الخلاف. وبه صرّح في «الوسيلة» كما ستسمع. وفي

---

(١) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٣.

(٢) كلام الكفاية هنا متفاوت متخالف في المفاد، قال في مسألة حكم البعير: ويجب الإنفاق، وفي رجوعه مع النيّة وجهان، انتهى. وكلامه هذا صريح في التردّد وعدم الترجيح. وقال بعد ذلك بصفحتين: إذا احتاجت الضالّة إلى النفقة فإن وجد الحاكم رفع أمره إليه، وإن تعذّر فإن وجد متبرّعاً تعيّن وإلّا وجب عليه الإنفاق عليها حفظاً للنفس المحترمة، وفي جواز رجوعه إلى المالك مع نيّة الرجوع قولان، أشهرهما ذلك دفعاً للضرر والإضرار. وذهب ابن إدريس إلى عدم الرجوع استناداً إلى عدم جواز أخذ العوض على الواجب، وفيه منع ظاهر وإلى أنّه إنفاق على مال الغير بغير إذنه، وفيه أنّ إذن الشارع في الإنفاق بمنزلة إذن المالك ولعلّ الأوّل أقرب، انتهى. وهذا الكلام منه صريح في ترجيح الرجوع حيث إنّ الضالّة تشمل البعير وغير البعير، فراجع الكفاية: ج ٢ ص ٥٢٦ و٥٢٩.

(٣) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٨.

(٤) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٢.

(٥) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦.

(٦) كشرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٨٩، وتحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٥٨، واللمعة الدمشقية: في لقطة الحيوان ص ٢٢٨.

(٧) بل ذكره في السرائر وأفتى بجواز الأخذ في الفرض المذكور فإنّه قال: ويترك البعير إذا وجده في المفازة إلّا أن يكون صاحبه قد خلاه من جهد في غير كلأ ولا ماء فليأخذه فإنّه بمنزلة الشيء المباح وليس لصاحبه بعد ذلك المطالبه به، فإن كان خلاه في كلاء وماء فليس له أخذه، انتهى. السرائر: ج ٢ ص ١٠٧.

(٨) كالمبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣١٨.

«المختلف[١] والتنقيح[٢]» أنّه المشهور. وفي «الرياض[٣]» أنّ عليه عامّة مَن تأخّر.

ودليلهم خبر السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام أنّ أميرالمؤمنين عليه السلام قضى في رجل ترك دابّته من جهد، قال: إن تركها في كلأٍ وماءٍ وأمنٍ فهي له يأخذها حيث أصابها، وإن كان تركها في خوف وعلى غير ماءٍ وكلأٍ فهي لمن أصابها[٤]. ومثله خبر مسمع عن أبي عبدالله عليه السلام قضى أميرالمؤمنين عليه السلام في رجل ترك دابّته بمضيعة، فقال: إن كان تركها في كلأٍ وماءٍ وأمنٍ فهي له يأخذها متى شاء، وإن تركها في غير كلأٍ وماءٍ فهي لمن أحياها[٥]. وليس فيه تصريح بالجهد، وقد اشترط في الأُولى في الشرطيّة الثانية الخوف وقد روى خبر مسمع في «الدروس[٦] والتنقيح[٧]» بترك المضيعة والأمن، وفيه ما لا يخفى. وصحيح عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: مَن أصاب مالاً أو بعيراً في فلاةٍ من الأرض قد كلّت وقامت وسيّبها صاحبها لمّا لم تتبعه، فأخذها غيره فأقام عليها وأنفق نفقته حتّى أحياها من الكلال ومن الموت فهي له، ولا سبيل له عليها، وإنّما هي مثل الشيء المباح[٨]. وهذه هي الأصل في الباب، وإلّا فالأوّلان في الدابّة، مضافاً إلى ما عرفته فيهما. لكنّ الصحيحة قد اشتملت على الفلاة، وقد قال أهل اللغة إنّها هي الأرض الّتي لا ماء فيها أو القفر، وفسّروا القفر بالخلاء من الأرض، وفسّروا المفازة بالقفر كما يأتي بيان ذلك[٩] كلّه، فكانت دالّة على تمام المطلوب، فتأمّل. والظاهر أنّ المراد بالمال فيها دابّة اُخرى غير البعير لا مطلق المال بقرينة قوله «قد كلّت» ووجود الدابّة في الأوّلين، وعدم

---

(١) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٠.

(٢ و٧) التنقيح الرائع: في الضوالّ ج ٤ ص ١١٠.

(٣) رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٤.

(٤ و٥ و٨) وسائل الشيعة: ب ١٣ من أبواب اللقطة ح ٤ و٣ و٢ ج ١٧ ص ٣٦٤.

(٦) الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٢.

(٩) سيأتي ذكره مفصّلاً في ص ٦٦٧ ـ ٦٧٠.

ظهور الدليل في مطلق المال بل هو ظاهر في الخلاف كما يأتي [١] إن شاءالله تعالى.

وقال في «الوسيلة»: وإن تركه صاحبه من جهد وكلال في غير كلأٍ ولا ماءٍ لم يجز أخذه بحال [٢]. ولعلّه استند إلى الصحيحتين والحسنة اللاتي تقدّم ذكرها. ولعلّ نظر مَن ترك ذلك لذلك ولم يقل إنّ أخبار هذه مقيّدة لها لما عرفته من حالها.

وقد يكون الوجه في الباب الإعراض المستفاد من أخباره فإنّه إذا كان الإعراض على وجه عدم الرجوع فيه بالكلّية مع كون البعير بحيث لو لم يأخذه لمات فلا إشكال في الجواز، فالمدار على هذا الإعراض، ويرشد إليه قول أميرالمؤمنين عليه السلام في صدر خبر مسمع في الدابّة: «إذا صرحها أهلها أو عجزوا عن علفها أو نفقتها فهي للّذي أحياها» لكن هذا يقضي بعدم الفرق بين ما إذا خلاه في ماء دون كلأ وبالعكس، أو خلاه في فلاة عادمة لهما، أو خلاه فيهما بحيث لا يقدر على الانتفاع بهما بنفسه لمرضه وتعبه كما نبّهنا عليه آنفاً [٣] والثاني هو المشهور، وقد يُفهم الأوّل من الصحيحة حيث اقتصر فيها على ذكر الفلاة وجعل المدار على إحيائها والإعراض عنها حيث قال كلّت وسيّبها أهلها. وهو خيرة المحقّق الثاني والشهيد الثاني والمقدّس الأردبيلي كما ستعرف. ويبقى الكلام في الثالث وظاهر خبري السكوني ومسمع وظاهر جماعة [٤] وصريح آخرين [٥] أنّه لابدّ في أخذه من الشرطين ـ أعني الترك

(١) سيأتي ما يتعلّق بذلك في ص ٦٤٥ ـ ٦٦٣.

(٢) الوسيلة: في اللقطة والضالّة ص ٢٧٨.

(٣) تقدّمت الإشارة إليه في الصفحة السابقة وص ٦٣٤ ـ ٦٣٦.

(٤) كالعلّامة في تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٥٨، والشهيد في الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٢، والحلّي في السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٧.

(٥) منهم الفاضل المقداد في التنقيح الرائع: في الضوالّ ج ٤ ص ١١٠، والسيّدعليّ في رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٤، والمحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٣١.

من جهد وكونه في غير كلأ وماء ـ فلو انتفى أحدهما بأن ترك من جهد في كلأٍ وماءٍ أو من غير جهدٍ في غيرهما أو انتفى كلّ منهما بأن ترك من غير جهدٍ فيهما لم يجز أخذه. وقد حكي[1] عن الصيمري أنّه حكى على ذلك الإجماع، وقد يلوح ذلك ـ أي الإجماع ـ من «التنقيح» فلا يتمّ الثالث. وقد يكون ذلك ليتحقّق العلم بالإعراض المذكور الّذي عليه المدار في الباب، فلو علم بدون ذلك جاز، فتأمّل.

وفي «جامع المقاصد» أنّ ظاهر قول أمير المؤمنين عليه السلام: «إنّه إذا تركها في غير كلأٍ ولا ماءٍ فهي للّذي أحياها» أنّ المتروكة في كلأٍ ولا ماءٍ هناك أو بالعكس تؤخذ، لانتفاء الأمرين، ولأنّها لا تعيش بدون الماء، وضعفها يمنعها من الوصول إليه[2] ـ أي الماء ـ فتأمّل فيه. ونحوه ما في «الروضة[3]». وقال في «المسالك»: ولو وجده في كلأٍ بغير ماءٍ أو بالعكس فكفاقدهما، لأنّه لا يستغني بأحدهما عن الآخر مع وقوفه. وقد دلّ على ذلك صحيحة عبدالله بن سنان[4] وساقها وهو أجود.

وممّا ذكر يعلم حال الفلاة المشتملة على أحدهما فهل هي بحكم عادمتهما أو بحكم المشتملة عليهما؟ قولان: الأوّل خيرة المحقّق الثاني والشهيد الثاني في كتابيه كما عرفت والمقدّس الأردبيلي[5]. وصريح «التنقيح[6]» اختيار الثاني، والأوّل أقوى، لأنّه يُفهم منه أنّ الترك بنيّة الإعراض.

ويبقى الكلام في بعير أعرج أو مريض في غير كلأٍ ولا ماءٍ قد ضلّ عنه صاحبه ولم يتركه فإنّه لا يملكه ويدفعه إلى السلطان أو يستعين به في نفقته، فإن تعذّر أنفق

---

(١) حكاه عنه السيّد عليّ في رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٤.
(٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٣٨.
(٣) الروضة البهية: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٨٥.
(٤) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٥.
(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٣٤.
(٦) التنقيح الرائع: في الضوالّ ج ٤ ص ١١١.

ويملكه الواجد

ورجع إذا نواه. وحينئذٍ فالأقرب وجوب تعريفه سنة وجواز التملّك بعده كما يأتي[١] مثله.

هذا إذا كان مثل هذا ممتنعاً من صغار السباع، وأمّا إذا كان غير ممتنع منها فظاهرهم إلحاقه بالشاة في الفلاة. ويأتي تمام الكلام[٢] وتنقيحه.

قوله: ﴿ويملكه الواجد﴾ كما صرّح به في «المقنعة[٣] والمراسم[٤] والشرائع[٥] والنافع[٦] والتذكرة[٧] والتحرير[٨] والإرشاد[٩] والإيضاح[١٠] والدروس[١١] والتنقيح[١٢] وجامع المقاصد[١٣]» وغيرها[١٤] ممّا تأخّر عنها. ولعلّه معنى قوله في «النهاية[١٥]»: ولم يكن لأحد منازعته، لأنّ معناه على الظاهر أنّه لو أقام مالكه البيّنة لم ينتزعه، وكذا لو صدّقه الملتقط. وفي «الكفاية[١٦]» أنّه لا يعرف فيه خلافاً. وفي «الرياض[١٧]» أنّ

(١) سيأتي في ص ٦٤٥ ـ ٦٤٩.
(٢) سيأتي في ص ٦٥٧ ـ ٦٦٣.
(٣) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٨.
(٤) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦.
(٥) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٨٩.
(٦) المختصر النافع: في الضوالّ ص ٢٥٣.
(٧) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٧ س ١.
(٨) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٥٨.
(٩) إرشاد الأذهان: في اللقطة ج ١ ص ٤٤٢.
(١٠) إيضاح الفوائد: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ١٤٨.
(١١) الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٢.
(١٢) التنقيح الرائع: في الضوالّ ج ٤ ص ١١٠.
(١٣) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٣٨.
(١٤) كمجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٣١.
(١٥) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٢.
(١٦) كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٥.
(١٧) رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٤.

ولا ضمان.

وفي ردّ العين مع طلب المالك إشكالٌ، أصحّه عدم الردّ.

عليه عامّة مَن تأخّر للأخبار الظاهرة بل الصريحة في ذلك كما في «جامع المقاصد[1]» وغيره[2]. ومرادنا بها الصحيحة والخبران الواردان في الدابّة.

قوله: ﴿ولا ضمان﴾ كما صرّح به في «الشرائع[3] والتذكرة[4] والتحرير[5] والإرشاد[6] والإيضاح[7] وجامع المقاصد[8] والمسالك[9] ومجمع البرهان[10]» ولم أجد فيه مخالفاً، وإنّما الخلاف في الشاة كما يأتي[11]. وخلط في «المفاتيح» فجعلهما من سنخ واحد، وقال: في الضمان قولان[12]. وهو غلط قطعاً، والفارق النصّ وتحقّق الإعراض هنا، وليس الإعراض شرطاً في الشاة إجماعاً. وتبع صاحب المفاتيح شيخنا صاحب «الرياض» كما يأتي[13]. وفي «جامع المقاصد[14]» أنّ الصحيحة نصّ صريح في عدم الضمان.

[حكم ردّ ضالّة الإبل إذا طلبه مالكه]

قوله: ﴿وفي ردّ العين مع طلب المالك إشكالٌ، أصحّه عدم الردّ﴾

(١ و٨ و١٤) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٣٨.

(٢) كما في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٣٢.

(٣) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٨٩.

(٤) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٧ س ١.

(٥) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٥٨.

(٦) إرشاد الأذهان: في اللقطة ج ١ ص ٤٤٢.

(٧) إيضاح الفوائد: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ١٤٨.

(٩) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٥.

(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٣١.

(١١) سيأتي في ص ٦٤٩ـ٦٥٩.

(١٢) مفاتيح الشرائع: في حكم الحيوان الضالّة ج ٣ ص ١٨١.

(١٣) سيأتي في ص ٦٥٥.

كما هو خيرة «التحرير [1] والدروس [2] وجامع المقاصد [3]» للنصّ الصريح في الصحيحة كما في الأخير، قال: وهي أخصّ من قول أبي جعفر عليه السلام: «من وجد شيئاً فهو له فليتمتّع به حتّى يأتيه طالبه، فإذا جاء طالبه ردّه إليه [4]. وفي «الإيضاح [5]» أنّهما عامّتان والترجيح للثانية، وقوّى أنّ لمالكها أخذها.

ونحن نقول: في كلاميهما معاً نظر واضح، بل نقول: لا وجه للإشكال فيه، لأنّه لاريب في أنّ هناك عمومين متعارضين يمكن تخصيص أحدهما بالآخر، لكن الترجيح للصحيحة لصراحتها وصحّتها وكونها الأصل في الحكم في الأصل، فمن قال به في الأصل ينبغي له أن يقول به هنا مع اعتضادها بخبري مسمع والسكوني، مضافاً إلى موافقتها الحكمة والاعتبار، لأنّه أتعب نفسه وبذل ماله في إحيائه فلا يناسب في حكمة الشارع تكليفه بالإعطاء مجّاناً، ولا قائل بالفصل، فينقطع الاستصحاب إن كان، إذ الظاهر أنّه لا خلاف في خروجه عن ملك مالكه كما في «مجمع البرهان [6]» والظاهر أنّ دخوله في ملك الآخذ كان لازماً، وخروجه عنه وعوده يحتاج إلى دليل، سلّمنا لكنّه انقطع بالصحيحة. وأمّا الرواية الأُخرى فهي رواية حمّاد بن عبدالله [7] عن أبي جعفر عليه السلام، وهي غير صحيحة ولا صريحة، مضافاً

---

(١) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٥٨.

(٢) الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٢.

(٣) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٣٩.

(٤) وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب اللقطة ح ٢ ج ١٧ ص ٣٥٤.

(٥) إيضاح الفوائد: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ١٤٨.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٣٢.

(٧) الظاهر أنّ حمّادبن عبدالله اشتباه والصحيح هو عبدالله بن حمّاد كما في الكافي: ج ٥ ص ١٣٩، والتهذيب: ج ٦ ص ٣٩٢ وغيرهما مضافاً إلى أنّ الأوّل لم يُذكر في كتب الرجال إلّا في تنقيح المقال: ج ١ ص ٣٦٥ بقوله: حمّادبن عبدالله المصري عدّه الشيخ من أصحاب الصادق عليه السلام ولم يذكره بغمزٍ في مذهبه ولا مدح. ومن المعتمد أنّ المذكور في سند الخبر المتقدّم ليس هو ←

وكذا التفصيل في الدابّة والبقرة والحمار.

إلى بعد تحكيمها في الصحيحة كما ستسمع. وأمّا غيرها ممّا تضمّن ما فيها مثل صحيحة عليّ بن جعفر[١] فإنّما هي في الضالّة بعد التعريف، وليس منها البعير، فكان الترجيح لعموم الصحيحة من وجوه، فنقيّد بها عموم خبر حمّاد عن مولانا أبي جعفر عليه السلام. فيكون المراد من قوله عليه السلام «فإذا جاء طالبه ردّه إليه» إلّا إذا كان بعيراً أحياه الآخذ من الموت وقد سيّبه مالكه معرضاً عنه جمعاً بين الأدلّة. وأمّا تقييد الصحيحة بالخبر حتّى يكون المراد ما لم يجئ طالبها فهو بعيد عن فحوى قوله عليه السلام لا سبيل له عليها وهو كالشيء المباح، فإنّه صريح أو كالصريح في أنّه ليس له المطالبة، فقد اتّضح الحال وارتفع الإشكال. ولا ترجيح في «التنقيح[٢]».

[حكم التقاط ضالّة الدوابّ الأُخرى]

قوله: ﴿وكذا التفصيل في الدابّة والبقرة والحمار﴾ حكم الدابّة حكم البعير في أنّها لا تؤخذ إذا كانت صحيحة أو كانت في كلأٍ وماءٍ على اختلافهم في التعبير في البعير، والعبارة الجامعة أن يقال: أمّا أنّ حكمها حكم البعير في أنّها لا تؤخذ حيث لا يؤخذ فقد صرّح به في «**المقنعة[٣] والنهاية[٤] والمبسوط[٥] والخلاف[٦]**

← المذكور في التنقيح فإنّ الرجل إنّما يروي عنه إبراهيم بن إسحاق الأحمري وعبدالله بن عمرو ابن الأشعث وأحمد بن أبي عبدالله ومحمّد بن إسماعيل السلمي، وكيف كان فالرجل حسب مباني القوم ضعيف والرواية ضعيفة.

(١) وسائل الشيعة: ب ٢٠ من أبواب اللقطة ح ٢ ج ١٧ ص ٣٧٠.

(٢) التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١١١.

(٣) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٨.

(٤) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٢.

(٥) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣١٨.

(٦) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٧٩ مسألة ٢.

والشرائع[١] والنافع[٢] وكشف الرموز[٣] والتذكرة[٤] والتحرير[٥] والدروس[٦] واللمعة[٧] والتنقيح[٨] وجامع المقاصد[٩] والمسالك[١٠] والروضة[١١] والكفاية[١٢] والرياض[١٣]» وهو قضيّة كلام «السرائر[١٤]». وفي «التنقيح[١٥]» أنّ عليه الفتوى. وفي «الكفاية[١٦]» أنّه المعروف من مذهب الأصحاب. وفي «الرياض[١٧]» أنّه لا خلاف فيه. وقد دلّ عليه خبرا مسمع والسكوني بل والصحيحة كما ستسمع.

ومثلها البغل كما في «المبسوط[١٨] والخلاف[١٩] وكشف الرموز[٢٠] والمسالك[٢١] والمفاتيح[٢٢]» ونظر فيه صاحب «الكفاية[٢٣]». قلت: الإلحاق هو الأصحّ للصحيحة

(١) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٨٩.
(٢) المختصر النافع: في الضوالّ ص ٢٥٣.
(٣ و ٢٠) كشف الرموز: في اللقطة ج ٢ ص ٤٠٧.
(٤) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٧ س ٢.
(٥) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٥٨.
(٦) الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٢.
(٧) اللمعة الدمشقية: في لقطة الحيوان ص ٢٣٨.
(٨) التنقيح الرائع: في الضوالّ ج ٤ ص ١١١.
(٩) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٣٩.
(١٠) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٤.
(١١) الروضة البهية: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٨٣.
(١٢) كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٦.
(١٣) رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٢.
(١٤) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٧. (١٥) التنقيح الرائع: في الضوالّ ج ٤ ص ١١١.
(١٦) كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٥.
(١٧) رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٢.
(١٨) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣١٨. (١٩) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٧٩ مسألة ٢.
(٢١) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٤.
(٢٢) مفاتيح الشرائع: في حكم الحيوان الضالّة ج ٣ ص ١٨٢.
(٢٣) كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٥.

السالفة بناءً على ما هو الظاهر منها من أنّ المراد بالمال فيها خصوص الحيوان الضالّ كما يعطيه سوقها. وبه صرّح جماعة[١] وأنّ المستفاد من النصوص ـ لمكان العلّة المومى إليها ومنصوص العلّة بأقسامه حجّة ـ أنّ وجه الحكمة في جواز التقاط البعير وعدمه إنّما هو الأمن من تلفه بامتناعه من صغار السباع وعدمه. والمراد بالبغل البغل الصحيح.

وأمّا إلحاق البقرة الصحيحة بالبعير في عدم أخذها حيث لا يؤخذ فهو خيرة «الخلاف[٢] والمبسوط[٣] والشرائع[٤] والنافع[٥] وكشف الرموز[٦] والتذكرة[٧] والتحرير[٨] والدروس[٩] وجامع المقاصد[١٠] والمسالك[١١] والروضة[١٢]». وفي «التنقيح[١٣]» أنّ عليه الفتوى. وقد يكون ظاهر «السرائر[١٤]» وكذا «اللمعة[١٥]» حيث قال

---

(١) منهم الشهيد الثاني في الروضة البهية: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٨٥، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٣٨، والسيّد الطباطبائي في رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٣.

(٢) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٧٩ مسألة ٢.

(٣) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣١٨.

(٤) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٨٩.

(٥) المختصر النافع: في الضوالّ ص ٢٥٣.

(٦) كشف الرموز: في اللقطة ج ٢ ص ٤٠٧.

(٧) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٧ س ٢.

(٨) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٥٨.

(٩) الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٢.

(١٠) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٣٩.

(١١) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٥.

(١٢) الروضة البهية: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٨٣.

(١٣) التنقيح الرائع: في الضوالّ ج ٤ ص ١١١.

(١٤) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٧.

(١٥) اللمعة الدمشقية: في لقطة الحيوان ص ٢٣٨.

في الأخير: البعير وشبهه. وقرّب العدم في «الكفاية[١]» وقد عرفت الوجه في الإلحاق*.

وأمّا الحمار الصحيح فقد أُلحق بالبعير كذلك في «الخلاف[٢] والشرائع[٣] وكشف الرموز[٤] والتذكرة[٥] وجامع المقاصد[٦] والرياض[٧]». وفي «التنقيح[٨]» أنّ عليه الفتوى. وقد قرّب في «التحرير[٩] والمسالك[١٠] والكفاية[١١]» جواز أخذه، وقد

* ـ ويبقى الكلام في شيءٍ آخر وهو أنّ البقر لا يصبر عن الماء كالبعير، وليس له عدو كعدو الفرس حتّى يصل إلى الماء أو الكلأ من قبل أن يهلك، فإذا وجد صحيحاً في مفازة بعيدة عن الماء بفراسخ والحال أنّه لا يهتدي إلى الماء ربّما يقال[١٢] بجواز أخذه، وليس كذلك، لأنّه ربّما رجع إليه صاحبه قبل أن يهلك، لأنّ من أضلّ شيئاً طلبه في موضع أضلّه، فالمدار حيث لا يعلم الإعراض على الامتناع من السباع، فالتعليل بعدم الصبر عن الماء كما في «الدروس[١٣]» وغيره[١٤] عليل. «منه قدّس سرّه»

(١) كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٥.
(٢) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٧٩ مسألة ٢.
(٣) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٨٩.
(٤) كشف الرموز: في اللقطة ج ٢ ص ٤٠٧.
(٥) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٧ س ٢.
(٦) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٣٩.
(٧) رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٢.
(٨) التنقيح الرائع: في الضوالّ ج ٤ ص ١١١.
(٩) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٥٨.
(١٠) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٤ ـ ٤٩٥.
(١١) كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٥.
(١٢) كما في غاية المرام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ١٥٠.
(١٣) الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٢.
(١٤) كما في غاية المرام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ١٥٠.

أمّا الشاة فتؤخذ،

يقتضيه كلام الجماعة [١]. ولا ترجيح في «الدروس [٢]» ولاريب أنّ الحمار لا يمتنع من الذئب، فلعلّ الوجه فيه التفصيل بين ذات الذئاب من الأرض وغيرها، فيؤخذ في الاُولى دون الثانية.

ولك أن تقول: إنّ الحمار شابه البعير في الصورة وفارقه في العلّة لأنّه لا صبر له على الماء، وساوى الشاة في العلّة لأنّه لا يمتنع من الذئب، وإلحاق الشيء بما ساواه في العلّة وإن فارقه في الصورة أولى من العكس. وفيه: أنّ الفرس مساوية للشاة في العلّة.

وأمّا إذا ترك الدابّة أو البقرة أو الحمار من جهد في غير كلأ وماء فلاريب في جواز أخذه كما في خبري [٣] مسمع والسكوني مع الإيماء للعلّة. وبه صرّح في «الشرائع [٤] والتذكرة [٥] والدروس [٦]».

[حكم التقاط ضالّة الشاة]

قوله: ﴿أمّا الشاة فتؤخذ﴾ يجوز أخذها إن وجدت في الفلاة عند علمائنا كما في «التذكرة [٧]» وإجماعاً كما في «المهذّب البارع [٨] والمقتصر [٩] وغاية المرام [١٠]»

---

(١) منهم الشهيد الأوّل في اللمعة الدمشقية: في لقطة الحيوان ص ٢٣٨، والشهيد الثاني في الروضة البهية: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٨٣، وابن إدريس في السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٠.

(٢ و٦) الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٢.

(٣) تقدّما في ص ٦٣٩.

(٤) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٨٩.

(٥ و٧) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٧ س ٢ و١٢.

(٨) المهذّب البارع: في الضوالّ ج ٤ ص ٢٩٨. (٩) المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٢.

(١٠) حكاه عنه الطباطبائي في رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٥، وراجع غاية المرام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ١٥٠.

ويتخيّر الآخذ بين حفظها لمالكها أو دفعها إلى الحاكم ولا ضمان فيهما وبين تملّكها والضمان على إشكال،

فيما حكي عن الأخير، وبلا خلاف كما في «المسالك[١] والكفاية[٢]» وابن عبدالبرّ[٣] نقل إجماع العامّة على أنّ ضالّة الغنم في الموضع المخوف عليها له أكلها. وقد دلّت عليه الأخبار الصحيحة الصريحة في ذلك كصحيحة معاوية بن عمّار[٤] وصحيحة الحلبي[٥] وحسنة هشام بن سالم[٦] ثمّ إنّها لا تمتنع من صغار السباع فكانت كالتالفة لا فائدة للمالك في تركها له.

قوله: ﴿ويتخيّر الآخذ بين حفظها لمالكها أو دفعها إلى الحاكم ولا ضمان فيهما وبين تملّكها والضمان على إشكال﴾ أمّا تخييره بين الأمور الثلاثة فقد صرّح به في «الشرائع[٧] والتذكرة[٨] والتحرير[٩] والإرشاد[١٠] والدروس[١١] وجامع المقاصد[١٢] والمسالك[١٣] ومجمع البرهان[١٤] والكفاية[١٥]

(١ و١٣) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٦.
(٢ و١٥) كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٦.
(٣) راجع المغني لابن قدامة: في اللقطة ج٦ ص٣٦٢، والشرح الكبير: في اللقطة ج٦ ص٣٣٨.
(٤) وسائل الشيعة: ب ١٣ من أبواب اللقطة ح ٥ ج ١٧ ص ٣٦٤.
(٥) تهذيب الأحكام: في اللقطة والضالّة ج ٦ ص ٣٩٤ ح ١١٨٤، وسائل الشيعة: ب ١٣ من أبواب اللقطة ذيل ح ١ ج ١٧ ص ٣٦٣.
(٦) وسائل الشيعة: ب ١٣ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٦٣.
(٧) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٨٩.
(٨) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٧ س ٢٦.
(٩) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٥٨.
(١٠) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٢.
(١١) الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٢.
(١٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٣٩ ـ ١٤٠.
(١٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٣٤.

والرياض[١]» وغيرها[٢]. وفي «مجمع البرهان[٣]» نسبته إلى الأكثر. وهو معنى قوله في «المبسوط» أنّه يتخيّر بين ثلاثة أشياء إمّا أن يأكلها على أن تكون القيمة في ذمّته إذا جاء صاحبها ردّها عليه، وإن شاء أن ينفق عليها تطوّعاً، وإن شاء أن يرفع خبرها إلى الحاكم[٤]. ونحوه ما في «الوسيلة[٥] والمراسم[٦] والسرائر[٧]».

ودليله أنّه مال التقطه فله تملّكه كما دلّت عليه الأخبار في سائر أقسام اللقطة، بل في «التحرير[٨]» جاز أكل الشاة في الحال بإجماع العلماء، انتهى. وقال في «المهذّب البارع» يجوز تملّكها فيها في الحال من غير تعريف بإجماع العلماء[٩]. وله تبقيته في يده لأنّه أمين أخذ شيئاً ليحفظه لمالكه، وله دفعه إلى الحاكم لأنّه نائب الغيّاب ومنصوب للمصالح، بل قد نقول: إنّه يجب عليه القبول كما مرّ في الوديعة.

وأمّا أنّه لا ضمان عليه حيث يحفظها للمالك أو يدفعها للحاكم فقد طفحت به عباراتهم[١٠] وحكي عليه الإجماع في «الإيضاح[١١] والمسالك[١٢]» وعن «غاية المرام[١٣]» (المراد ـ خ ل). ودليله الأصل فيهما، وأنّه أمين في الأوّل، بل تدلّ عليه

(١) رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٥.
(٢) كما في غاية المرام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ١٥٠ ـ ١٥١.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٣٨.
(٤) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٠.
(٥) الوسيلة: في اللقطة والضالّة ص ٢٧٨.
(٦) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦.
(٧) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٦ ـ ١٠٧.
(٨) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٦٠.
(٩) المهذّب البارع: في الضوالّ ج ٤ ص ٣٠٢.
(١٠) كإرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٢، والدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٢، ورياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٥.
(١١) إيضاح الفوائد: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ١٤٨.
(١٢) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٦.
(١٣) حكاه عنها السيّد عليّ في رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٥.

صحيحة [١] محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام، وأنّه وكيل المالك في الثاني فلا يضمنان.

وأمّا أنّه يضمن حيث يتملّكها فهو خيرة «النافع [٢] والتحرير [٣] والإرشاد [٤] والتبصرة [٥] والدروس [٦] وجامع المقاصد [٧]». وفي «التنقيح [٨] والروضة [٩]» أنّه أحوط. وفي «المسالك [١٠]» أظهر. وفي «اللمعة [١١]» له وجه. وفي «المسالك [١٢] والكفاية [١٣]» أنّه أشهر. وفي «المقنعة [١٤] والنهاية [١٥] والمراسم [١٦]» أنّه يأخذها وهو ضامن لقيمتها، ولم يصرّح في هذه الثلاثة بأنّه يملكها.

ولم يقيّد الضمان في جميع ما ذكر بما إذا أظهر المالك. وفي «المبسوط [١٧] والسرائر [١٨]» له أن يأكلها على أن تكون القيمة في ذمّته إذا جاء صاحبها ردّها إليه. ونحوهما ما في «الوسيلة [١٩]». وفي «الإيضاح [٢٠]» أنّه يغرم إذا وجد وطلب،

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ٣ ج ١٧ ص ٣٥٠.
(٢) المختصر النافع: في الضوالّ ص ٢٥٣.
(٣) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٥٨.
(٤) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٢.
(٥) تبصرة المتعلّمين: في اللقطة ص ١٠٧.
(٦) الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٢.
(٧) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٠.
(٨) التنقيح الرائع: في الضوالّ ج ٤ ص ١١٣.
(٩) الروضة البهية: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٨٦.
(١٠ و١٢) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٧ و٤٩٦.
(١١) اللمعة الدمشقية: في لقطة الحيوان ص ٢٣٨.
(١٣) كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٦.
(١٤) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٧.
(١٥) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٢.
(١٦) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦.
(١٧) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٠.
(١٨) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٧.
(١٩) الوسيلة: في اللقطة والضالّة ص ٢٧٨.
(٢٠) إيضاح الفوائد: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ١٤٨.

وستسمع الفرق بين الغرامة والضمان[١].

وأمّا عدم الضمان وملكها مجّاناً في الحال كالبعير المتروك من جهد في غير كلأٍ ولا ماءٍ فلم نجد مصرّحاً به غير ما لعلّه يظهر من «المقنع[٢]» من قوله: إذا وجدت الشاة فخذها فإنّما هي لك أو لأخيك أو للذئب. ومثله قال أبوه في «رسالته» وقد نسب هذا القول إلى ظاهرهما أبو العباس[٣] وقوّاه في «المقتصر[٤]» ولم نجده لغيره. نعم المصنّف هنا استشكل، والمحقّق في «الشرائع[٥]» تردّد، وقال صاحب «الكفاية[٦]» لعلّه أقرب لمكان اللام في الروايات الصحيحة. ونحوه ما في «المفاتيح[٧]» وكذلك «الرياض[٨]» فمن العجيب ما في «الإيضاح[٩]» من قوله: إنّ الأصحاب أطلقوا أنّه يملكها من غير تقييد بضمان، مع أنّ مَن تقدّم عليه إمّا مصرح بالأخذ والضمان من دون ذكر ملك أو بالأكل والضمان أو بالملك والضمان، فلم يكن لكلامه مصداق إلّا ما لعلّه يظهر من الصدوقين.

هذا وكلام «المبسوط» وما وافقه قد يعطي الغرامة كما في «الإيضاح» لكنّهم لم يذكروا الطلب، والفرق بين الغرامة والضمان أنّ الضمان يثبت في الذمّة قبل مجيء المالك ومطالبته، والغرامة تطلق على معنى عامّ شامل لها وللضمان وعلى خاصّ وهو ما يتجدّد عند المطالبة. وتظهر الثمرة في وجوب الوصية به وتعلّقه بتركته إن لم يجئ المالك ويكون من الغارمين. والحاصل: أنّه يكون مديوناً على

(١) سيأتي قريباً في ذيل هذه الصفحة.
(٢) المقنع: في اللقطة ص ٣٨٠.
(٣) المهذّب البارع: في الضوالّ ج ٤ ص ٢٩٨ ـ ٢٩٩.
(٤) المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٢.
(٥) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٨٩.
(٦) كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٦.
(٧) مفاتيح الشرائع: في حكم الحيوان الضالّة ج ٣ ص ١٨١.
(٨) رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٥ ـ ٣٩٦.
(٩) إيضاح الفوائد: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ١٤٨.

الأوّل وعلى الغرامة تتوقّف هذه الأحكام على مطالبته، فلو مات قبلها لم تجب في تركته ولا يكون مديوناً كما نبّه عليه فخر الإسلام في حاشيته[١] على الإيضاح، وتبعه أبو العباس[٢]. ولم نجد هذا الاصطلاح لغيرهما في المقام ولا في المال الصامت كما يأتي[٣].

هذا وأمّا دليل القول بالضمان فقد قالوا[٤]: إنّه الاستصحاب، وأنّه مال الغير، ولم يوجد دليل ناقل عن حكم ضمانه، وإنّما المتّفق عليه جواز تصرّفه فيه لعموم[٥]: على اليد ما أخذت، وأدلّة ردّ المال الملقوط إلى صاحبه مثل: مَن وجد شيئاً فهو له فليتمتّع به حتّى يجيء طالبه، فإذا جاء طالبه ردّه إليه[٦]. قالوا[٧]: ولا ينافي ذلك ما في الصحاح مثل قوله عليه‌السلام: «لك أو لأخيك» لأنّ معناه الانتفاع به أو أنّه ملك غير مستقرّ ولا لازم كسائر الأموال الملقوطة، وأنّ مثل ذلك موجود في أدلّة المال الملقوط كقول الصادق عليه‌السلام في صحيحة الحلبي[٨]: «فإن جاء لها طالب وإلّا فهي كسبيل ماله» مع أنّهم مجمعون على وجوب ردّه أو قيمته إلى المالك، بل نقول: إنّ الشاة من المال الملقوط فتكون داخلة تحت الإجماع.

وحجّة القائلين بالعدم أنّ الظاهر من المال الملك وأنّ صحيحة عبدالله بن سنان

---

(١) لم نعثر في النسخة الموجودة لدينا على حاشية الفخر، فراجع الإيضاح: ج ٢ ص ١٤٨.

(٢) المهذّب البارع: في الضوالّ ج ٤ ص ٢٩٩.

(٣) سيأتي في ص ٦٩٣ وما بعدها.

(٤ و٧) منهم فخر الإسلام في إيضاح الفوائد: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ١٤٨، وأبوالعباس في المهذّب البارع: في الضوالّ ج ٤ ص ٢٩٩، والسيّد عليّ في رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٥، والأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٣٥، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٦ ـ ٤٩٧.

(٥) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٣٢٤ ح ١٠٦، وج ٢ ص ٣٤٥ ح ١٠.

(٦) وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب اللقطة ح ٢ ج ١٧ ص ٣٥٤.

(٨) المصدر السابق: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٤٩.

صريحة في الملك بالأخذ وهي: مَن أصاب مالاً أو بعيراً في فلاة ... الحديث، وقد سمعته[١]. وبه تخصّص العمومات المتقدّمة واحتمال اللام الاختصاص الغير المنافي للضمان مردود بأنّ الاحتمال لا يعارض الظاهر. قال في «الرياض[٢]»: واحتمال اختصاص الصحيحة بحيوان سيّبه صاحبه فلا يتناول ما نحن فيه يندفع بعدم القول بالفرق بين الأصحاب. قلت: أراد بذلك الردّ على المحقّق الثاني[٣] والشهيد الثاني في «المسالك[٤]» والمقدّس الأردبيلي[٥] حيث فرّقوا بأنّ الصحيحة دالّة على حيوان سيّبه صاحبه لمّا لم يتبعه. قالوا: وهذا غير شرط في أخذ الشاة إذا كانت في الفلاة، وادّعى في «المسالك[٦]» الإجماع على ذلك. وهو كذلك وقد أطبقوا هناك على عدم الضمان كما تقدّم[٧] وهنا عكسوا إلّا من قلّ كما عرفت. وكأنّ شيخنا صاحب «الرياض» عوّل في ذلك على «المفاتيح» فإنّه توهّم ذلك كما بيّنّاه فيما سلف[٨] أو على «الروضة[٩]» أو «الكفاية[١٠]» حيث أخذ الأوّل الصحيحة دليلاً والثاني مؤيّداً. ولو تتبّع لظفر بالقول بالفصل.

وكيف كان، فالأولى الاستدلال على الضمان بمعنيبه زيادة على ما تقدّم بالصحيح المروي عن «قرب الإسناد» عن رجل أصاب شاة في الصحراء هل تحلّ له؟ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: هي لك أو لأخيك أو للذئب فخذها وعرّفها حيث

---

(١) تقدّمت في ص ٦٣٩.

(٢) رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٦.

(٣) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٠.

(٤ و٦) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٧.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٣٣.

(٧) تقدّم في ص ٦٤٢ ـ ٦٤٣.

(٨) تقدّم في ص ٦٤٣.

(٩) الروضة البهية: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٨٦.

(١٠) كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٦.

أصبتها، فإن عرفت فردّها إلى صاحبها، وإن لم تعرف فكلها وأنت لها ضامن إن جاء صاحبها يطلب ثمنها أن تردّها[١] ولا يعارضه مفهوم صحيح صفوان[٢] «من وجد ضالّة فلم يعرّفها فهي لربّها» بأن يقال[٣]: إنّه قد يستفاد منه خروجها عن ملك المالك لوجوه، بل هذه الصحيحة حجّة على مَن ظهر منه القول بعدم الضمان، لأنّه لا يقول بالتعريف، بل يقول هي كالبعير كما عرفت[٤] بل قد يستدلّ حينئذٍ بالأخبار الناطقة بأن الضوالّ لا يأكلها إلّا الضالّون[٥]، إذا لم يعرّفوها. وممّا يستدلّ به أيضاً صحيحة عليّ بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: وسألته عن الرجل يصيب درهماً أو ثوباً أو دابّة كيف يصنع؟ قال: يعرّفها سنة، فإن لم يعرف صاحبها حفظها في عرض ماله حتّى يجيء طالبها فيعطيها إيّاه، وإن مات أوصى بها، فإن أصابها شيء فهو ضامن[٦]. وهذه تدلّ على الضمان بحيث تجب الوصية وأنّه ليس مخصوصاً بمجيء صاحبها، فتأمّل. فالقول بعدم الضمان نادر ضعيف جدّاً إن كان به قائل، والحقّ أنّه لا قائل به تصريحاً ولا ظهوراً يعتدّ به قبل صاحب «الكفاية» بقوله: لعلّه أقرب. وأمّا «التنقيح[٧] والروضة[٨]» فلا ترجيح فيهما، بل ظاهر الأوّل في آخر كلامه ترجيح الضمان.

هذا وقد قال في «جامع المقاصد[٩]»: وهل يجب تعريف الشاة المأخوذة من

(١) قرب الإسناد: في ما يحلّ ممّا يؤكل ويشرب وينتفع به ص ٢٧٣ ح ١٠٨٦.
(٢) وسائل الشيعة: ب ١٤ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٦٥.
(٣) كما في رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٦.
(٤) تقدّم في ص ٦٥١ عن المهذّب البارع وفي ص ٦٥٣ عن الصدوق في المقنع وعن أبيه في رسالته وعن أبي العباس في المقتصر، فراجع.
(٥) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ٤ ج ١٧ ص ٣٥٠.
(٦) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ١٣ ج ١٧ ص ٣٥٢.
(٧) التنقيح الرائع: في الضوالّ ج ٤ ص ١١٤. (٨) الروضة البهية: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٨٦.
(٩) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٠.

الفلاة؟ قال في التذكرة: الأقرب العدم، لظاهر قوله عليه السلام: «هي لك أو لأخيك أو للذئب» فإنّ المتبادر منه تملّكها من غير تعريف، وليس تقييده بالتعريف أولى من تقييد دليل التعريف بما عدا الشاة. وهذا قويّ متين، انتهى. وفيه: أنّ مجرّد عدم الأولويّة لا يقضي بكونه قويّاً متيناً مفتىً به.

وعدم وجوب التعريف خيرة «الروضة[1] والمسالك[2]» ذكره في مسألة صغار الإبل. وقد يُفهم ذلك أيضاً من جماعة[3] في كلامهم في هذه المسألة ـ أي مسألة صغار الإبل ـ ويُشهد له عدم تعرّض الأصحاب له في المقام إلّا من قلّ كما لم يتعرّضوا له في البعير المجهود في غير كلأٍ وماءٍ والسفرة وما لا يبقى وما دون الدرهم، وتعرّضهم له في صغار الإبل والبقر وفي الكلب، واهتمامهم بذكره في المال الملقوط حيث يبدأون به في أوّل أحكامه ولم يغفله أحد.

ولعلّه لذلك قال في «المهذّب البارع[4]» على القول بالضمان: يجوز تملّكها ـ أي الشاة ـ في الفلاة والتصرّف فيها في الحال من غير تعريف بإجماع العلماء، وكذا بيعها، لأنّه أولى من أكلها، انتهى. وقد يكون الغرض من الإجماع بيان جواز أكلها في الحال من غير تعريف وأنّها ليست كلقطة المال، وذلك لا ينافي وجوب تعريف ثمنها بعد ذلك، فلا ينهض لما نحن فيه، ولكنّ الظاهر من هذه العبارة خلاف ذلك ومن كلامه[5] في التهذيب. ثمّ إنّه على هذا الاحتمال ينهض الاستدلال بالإجماع

(١) الروضة البهية: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٨٧.
(٢) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٧.
(٣) منهم السبزواري في كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٦ ـ ٥٢٧، والصيمري في غاية المرام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ١٥١.
(٤) المهذّب البارع: في اللقطة في الضوالّ ج ٤ ص ٣٠٣.
(٥) الظاهر أنّ مرجع الضمير في كلمة «كلامه» هو صاحب المهذّب البارع وهو ابن فهد الحلّي، ونحن لم نجد له كتاباً سمّاه بالتهذيب ولا ذكره له علماء التراجم، وقد يحتمل أن يريد به ←

المذكور لما نحن فيه، وذلك لأنّ مثل هذا الإجماع حكى على ما دون الدرهم في «التذكرة[١]» وغيرها[٢] قال في «التذكرة» يجوز أخذ ما دون الدرهم وتملّكه في الحال من غير تعريف عند علمائنا أجمع. ومن المعلوم أنّه لا يجب تعريفه بالكلّية، فقد يُفهم من هذين الإجماعين ومن كلامهم فيما لا يبقى كالطعام الّذي يخشى فساده أنّ كلّ ما يجوز تملّكه وإتلافه في الحال لا يجب تعريفه، لتعذّره فيما لا يبقى وعدم إمكان قيام البيّنة عليه في غيره وعدم معرفة صحّة وصف صاحبها ما يخفي من أوصافها وعدم حصول العلم بذلك للملتقط، بل ولا الظنّ إن اكتفينا به، إلّا أن يقول: إنّه لابدّ له من حفظ صفتها إذا جاء صاحبها ووصفها وغرم له قيمتها. ثمّ إنّ الصحاح الّتي قالت: «هي لك أو لأخيك» واردة في مقام بيان الحاجة من دون تقييد بالتعريف، وأقصى ما في أدلّة التعريف إطلاق الأمر به، وهو غير منصرف بحكم التبادر وسياق أكثر النصوص المشتملة عليه إلّا إلى لقطة الأموال غير الضوالّ. وهذا جيّد إن انحصر دليل الخصم في ذلك لكنّه غير منحصر فيه كما ستسمع[٣]. ثمّ إنّها ـ أي الصحاح ـ ساوت بينه وبين الذئب، والذئب لا يعرّف. وفيه: أنّه ساوت بينه وبينه، والذئب لا يغرم مع أنّه يغرم.

← كتابه المسمّى بالمقتصر بالنسبة إلى المهذّب البارع، ويؤيّده ما صرّح به فيه من عدم وجوب التعريف في المقام (راجع المقتصر: ص ٣٥٣). ولكن التعبير له بالتهذيب بعيد فإنّ المقتصر مجرّد الفتوى ويبعد كلّ البُعد أن يسمّي أحد كتابه تهذيباً بالنسبة إلى كتابه الآخر فإنّ فيه من التنقيص للثاني ما لايخفى. ويحتمل أن تكون كلمة «التهذيب» مصحّفا من كلمة التذنيب المعدّ لبعض الفروع الموجود في المهذّب البارع الّذي ذكر فيه حكم صغار الإبل والبقر وفرّق فيها في بعض أحكام الشاة وسوّى فيها في بعضها الآخر، وممّا فرق منها هو التعريف في الأوّل وعدم التعريف في الثاني مدّعياً عليه الإجماع كما هو مذكور في بعض نسخ الشرح مكان التهذيب، إلّا أنّ كلامه في التذنيب لا يخالف كلامه في الشاة فإنّهما موضوعان لكلّ واحدٍ منهما ذكر حكماً غير الآخر.

(١) تذكرة الفقهاء: في المال الملقوط ج ٢ ص ٢٥٦ س ٢٢. (٢) كالمقتصر: في اللقطة ص ٣٥٤.

(٣) سيأتي في ص ٦٦١ ـ ٦٦٢.

وكذا صغار الإبل والبقر وغيرهما.

ولا ترجيح في «الدروس[1] والتنقيح[2]». وفي «التحرير[3]» أنّ الوجه وجوب التعريف كغيرها. وهو خيرة «مجمع البرهان[4] والرياض[5]» ويدلّ عليه صحيحة «قرب الإسناد» المصرّح فيها بالشاة، وصحيحة عليّ بن جعفر المصرّح فيها بالدابّة، وصحيحة صفوان المصرّح فيها بالضالّة، وقد سمعت الجميع، وخبر جرّاح المدائني: «لا يأكل الضالّة إلّا الضالّون إذا لم يعرّفوها» وليس هناك دابّة ولا ضالّة يجوز التقاطها ويمكن القول بوجوب تعريفها إلّا الشاة وصغار الإبل والبقر، والشاة أظهر الأفراد، فإنّ البعير وما ضاهاه إمّا حرام الأخذ أو جائزه بلا تعريف، مضافاً إلى ترك الاستفصال ودليل الاستصحاب.

[حكم ضالّة صغار الإبل والبقر ونحوهما]

قوله: ﴿وكذا صغار الإبل والبقر وغيرهما﴾ أي حكمها في جواز أخذها وتملّكها إذا كانت في الفلاة حكم الشاة، وقد حكيت عليه الشهرة في «المسالك[6] والكفاية[7]» وبه صرّح في «المبسوط[8] والمراسم[9] والسرائر[10]»

---

(١) الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٢ ـ ٨٣.
(٢) التنقيح الرائع: في الضالّة ج ٤ ص ١١٣.
(٣) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٦٠.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٣٦ و٤٣٨.
(٥) رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٧.
(٦) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٧.
(٧) كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٦.
(٨) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٠.
(٩) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦.
(١٠) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠١.

والتذكرة[١] والتحرير[٢] والإرشاد[٣] والمفاتيح[٤]» وكذا «كشف الرموز[٥] والمهذّب البارع[٦] والمقتصر[٧] وجامع المقاصد[٨]» لأنّه جعل في هذه الأربعة حكمها حكمها في جواز أخذها، وستسمع الحال في ذلك.

وقد حكى في «جامع المقاصد[٩] والمسالك[١٠]» عن التذكرة أنّه نسب فيها جواز الأخذ إلى علمائنا. وعبارة «التذكرة» خالية عن ذلك، إنّما نسب إلى علمائنا فيها جواز أخذ الشاة، ثمّ قال بعد سطرين: وكذا الحيوان الّذي لا يمتنع من صغار السباع[١١]. فلم يكن داخلاً تحت معقد ما نسبه إلى علمائنا. وقد رأيت المولى الأردبيلي[١٢] يعترض بذلك أيضاً.

ولا ترجيح في «الشرائع[١٣] والدروس[١٤] واللمعة[١٥] والروضة[١٦] والمسالك[١٧]»

---

(١) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٧ س ١٣ ـ ١٤.
(٢) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٥٨.
(٣) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٢.
(٤) مفاتيح الشرائع: في حكم الحيوان الضالّ ج ٣ ص ١٨١.
(٥) كشف الرموز: في اللقطة ج ٢ ص ٤٠٧.
(٦) المهذّب البارع: في الضوالّ ج ٤ ص ٣٠٢.
(٧) المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٤.
(٨ و ٩) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤١.
(١٠) لم نعثر فيه على هذه الحكاية عن التذكرة، فراجع مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٧.
(١١) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٧ س ١٩.
(١٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٣٩.
(١٣) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٨٩.
(١٤) الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٢.
(١٥) اللمعة الدمشقية: في لقطة الحيوان ص ٢٣٨.
(١٦) الروضة البهية: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٨٧ ـ ٨٨.
(١٧) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٧.

وجزم بالعدم في «الكفاية[١]» والمقدّس الأردبيلي[٢] تارةً ألحق وتارةً منع منه.

وكلام أبي العبّاس في «المهذّب» حيث قال: وألحق بالشاة صغار الإبل في جواز الالتقاط في الفلاة[٣] غير مهذّب ولا محرّر، لأنّ محلّ النزاع إنّما هو الإلحاق في التملّك لا في جواز الأخذ، فإنّه جوّز له أخذها على كراهيّة ومنع عليه اختيار تملّكها وأكلها في الحال، وهذا ليس من الإلحاق في شيء، بل هي على هذا لقطة كالمال الصامت أو يكون مخيّراً بين الإنفاق عليها وحفظها لمالكها أو دفعها للحاكم، ولم يقل أحد بحرمة التقاطها كالشاة في العمران، لأنّه محسن قطعاً إلّا أن تقول إنّ ذلك من وظائف الحاكم، كما قال ذلك في مثله في «المبسوط» كما يأتي[٤]. وقريبٌ منه ـ أي المهذّب ـ ما في «المقتصر[٥]». ويلوح بل قد يظهر من «جامع المقاصد[٦]» موافقته حيث اقتصر في بيان التشبيه على جواز الأخذ ولم يذكر التملّك، وفي آخر كلامه إيماء إلى ذلك. والحاصل: أنّ عبارته في المقام لا تعجبني وإن أمكن التنزيل. ويراد من جواز الأخذ في عبارة التذكرة جواز التملّك أيضاً قطعاً لتصريحه به مراراً بعد ذلك. وما زاد كاشف الرموز على ما حكيناه عنه.

وكيف كان، فالأصحّ الإلحاق لمكان العلّة المومى إليها في قوله «هي لك أو لأخيك أو للذئب» وهي أنّها لا تمتنع من صغار السباع، فتكون في حكم التالفة ولا فائدة للمالك في تركها. ومنصوص العلّة حجّة سواء كانت نصّة أو ظاهرة أو مومى إليها. ولمّا كان المحقّق يتوقّف في منصوص العلّة مطلقاً إلّا أن يكون برهاناً

---

(١) كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٧.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٣٩.

(٣) المهذّب البارع: في الضوالّ ج ٤ ص ٣٠٢.

(٤) سيأتي في ص ٦٦٥ ـ ٦٦٦.

(٥) المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٤.

(٦) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤١.

كان أوّل مَن توقّف بناءً على أصله وإن كان فاسداً كما برهن عليه في محلّه وتبعه من عرفت. ولا يعجبني قول الشهيد الثاني [١] والمولى الأردبيلي [٢] والخراساني [٣] إنّ الإلحاق قياس، بل قد يقال [٤]: إنّ المناط أيضاً منقّح والمنقّح له العقل، بل والإجماع إن صحّ ما حكي عن التذكرة.

والكلام في الضمان والتعريف كما تقدّم [٥] في الشاة، فيضمنها لمالكها إذا وجد إذا أكلها وتملّكها. والظاهر هنا وجوب التعريف لمكان أدلّة وجوبه في اللـقطة، ولا معارض لها كما في الشاة، مضافاً إلى صحيحتي عليّ بن جعفر وصفوان وخبر جرّاح، فتأمّل.

ويبقى الكلام في عبارتي «الإرشاد» فإنّه أوّلاً وافق في الإلحاق كما عرفت وبعد أسطر قال: ولو أخذ غير الممتنع في الفلاة استعان بالسلطان في النفقة ... إلى آخره [٦]. وقد فهم منه المقدّس الأردبيلي [٧] الفرق بين صغار الممتنعات وغيرالممتنع حيث جعل حكم الأوّل في الفلاة حكم الشاة دون الثاني، قال: وهذا القسم غير موجود في العبارات، بل جعل فيها حكم الممتنع مطلقاً حكم الشاة قال: وهذا من خصائص الكتاب. قلت: قد فسّره بعض المحشّين [٨] بما كان مثل البعير المريض والأعرج لكن صاحبه لم يتركه بل ضلّ عنه. قلت: هذا إمّا ممتنع من صغار السباع أو غير ممتنع، فـإن كان الأوّل خرج عن فـرض المسألة، وإن كان الثاني كان حكمه حكم

(١) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٧.
(٢ و٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٣٩ و٤٤٢.
(٣) كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٧.
(٤) لم نعثر على قائله.
(٥) تقدّم في ص ٦٥٠ ـ ٦٥٩.
(٦) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٢.
(٨) لم نعثر على هذا المحشّي فيما بأيدينا، فراجع.

ولا تؤخذ الغزلان المملوكة وشبهها ممّا يمتنع بعدوه.

الشاة، لأنّ ظاهر جماعة وصريح آخرين كالشيخ[١] وسلّار[٢] وابن إدريس[٣] تعميم الحكم لما يشمل الدجاج والإوزّ ونحو ذلك. وبذلك صرّح في «التذكرة[٤] والمسالك[٥]».

[حكم التقاط ما يمتنع من السباع بعدوه]

قوله: ﴿ولا تؤخذ الغزلان المملوكة وشبهها ممّا يمتنع بعدوه﴾ كما في «المبسوط[٦] والسرائر[٧] والشرائع[٨] والتذكرة[٩] والتحرير[١٠] والدروس[١١] وجامع المقاصد[١٢] والمسالك[١٣] والروضة[١٤]» للعلّة المومى إليها في البعير وعصمة مال المسلم.

واستثنى في «التذكرة[١٥] والتحرير[١٦]» في مقامين: في الأخير ما إذا خاف الواجد لها عجز مالكها عن استرجاعها فقوّى جواز التقاطها، وما إذا خاف ضياعها عن مالكها. وعلى الأخير اقتصر في «الدروس[١٧] والروضة[١٨]» فما نسبه إليه في «المسالك[١٩]» غير صحيح، ولا وجه للاقتصار عليه كما ستعرف إلّا أن

---

(١) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٠.
(٢) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦.
(٣ و٧) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠١ و١٠٠.
(٤ و٩ و١٥) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٧ و٢٦٨ س ١٤ و١٨ و٢٠.
(٥ و١٣ و١٩) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٧ ـ ٤٩٨.
(٦) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣١٨.
(٨) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٨٩.
(١٠ و١٦) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٥٨ و٤٥٩.
(١١ و١٧) الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٣ و٨٤.
(١٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤١.
(١٤ و١٨) الروضة البهية: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٨٨.

تقول: إنّه يشمل الأوّل. واستوجه في «جامع المقاصد[١]» الاستثنائين واستحسنهما في «المسالك[٢]».

قال في «التذكرة[٣]»: لايجوز أخذ الغزلان واليحامير وحمر الوحش في الصحارى إذا ملكت هذه الأشياء ثمّ خرجت إلى الصحراء، وكذا باقي الصيود المتوحّشة الّتي إذا تركت رجعت إلى الصحراء، لأنّها تمتنع بسرعة عدوها عن صغار السباع، وهي مملوكة للغير، فلا تخرج عن ملكه بالامتناع كما لو توحّش الأهلي. أمّا لو خاف الواجد لها ضياعها عن مالكها أو عجز مالكها عن استرجاعها فالأقوى جواز التقاطها، لأنّ تركها أضيع لها من سائر الأموال، والمقصود حفظها لصاحبها لا حفظها في نفسها. ولو كان الغرض حفظها في نفسها لما جاز التقاط الأثمان، فإنّ الدينار محفوظ حيث ما كان، انتهى. وينسحب ذلك في الضوالّ الممتنعة كالإبل وغيرها كما هو واضح. قال في «التذكرة»: الأقرب أنّه يجوز لكلّ أحدٍ أخذ الضالّة صغيرة كانت أم كبيرة ممتنعة من السباع أو غير ممتنعة بقصد الحفظ لمالكها. والأخبار الواردة في النهي عن ذلك محمولة على ما إذا نوى بالالتقاط التملّك إمّا قبل التعريف أو بعده، قال: أمّا مع نيّة الاحتفاظ فالأولى الجواز[٤]. وقد استحسنه في «الروضة[٥]». قلت: أخبار الباب[٦] على كثرتها ظاهرة في ذلك ظهوراً كاد يلحق بالتصريح كقولهم: «لا يأكل الضالّة إلّا الضالّون» ونحوه ممّا هو مثله أو أظهر منه، وفي صحيح البزنطي حيث سأل مولانا الرضا عليه السلام عن الطير المستوي الجناحين

ـــــــــــــــــ

(١) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤١.

(٢) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٨.

(٣) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٨ س ١٨ ـ ٢١.

(٤) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٩ س ٢٥.

(٥) الروضة البهية: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٨٨.

(٦) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ج ١٧ ص ٣٤٩ ـ ٣٥٣.

الّذي يسوىٰ دراهم كثيرة، وهو يعرف صاحبه، أيحلّ إمساكه؟ قال: إذا عرف صاحبه ردّه عليه[١].

وقوّىٰ في «المبسوط[٢]» أنّه لا يجوز ذلك لغير الإمام. وبه جزم في «السرائر[٣] والتحرير[٤]». قلت: هذا مذهب الشافعي[٥] محتجّاً بأنّه صلى الله عليه وآله نهى عن أخذها من غير أن يفرّق بين قاصد الحفظ وقاصد الالتقاط[٦]. وأنت خبير بأنّ الخبر الّذي رووه ظاهر في أنّه يريد الالتقاط، ثمّ إنّه لم يفرّق فيه بين الإمام وغيره، ثمّ إنّ الشارع نبّه على علّة عدم الأخذ بأنّها محفوظة، فإذا كانت في مهلكة انتفت العلّة كما إذا غلب على ظنّه افتراس الأسد لهذا البعير أو كان قريباً من دار الحرب أو السرّاق أو نحو ذلك أو أنّ هذا الطير يطير إلى مكان يعجز صاحبه عنه إلى غير ذلك، فحاله كحال من خلّصه من الحرق والغرق. فاقتصار الشهيد على أحد الاستثناءين مع نقله أكثر عبارة التذكرة حرفاً فحرفاً لا نعرف له وجهاً وجيهاً.

وينبغي تحرير كلام «التحرير[٧]» فإنّه قسّم الحفظ قسمين: حفظ لها بمعنى إمساكها لصاحبه (لصاحبها ـ ظ) من دون خوف عليها أصلاً، وبهذا الإمساك عبّر في «المبسوط[٨] والسرائر[٩]» وحفظ لها من خوف ضياعها أو تلفها أو عجز مالكها عن استرجاعها، فوافق التذكرة في الثاني، وجعل الأوّل كالمبسوط من وظائف الحاكم.

ونحن نقول: إذا كانت محفوظة في نفسها ولا خوف عليها أصلاً لا يجوز للحاكم ولا لغيره أخذها كما هو قضيّة إطلاق الخبر، والغالب أنّ من أضلّ شيئاً طلبه

(١) وسائل الشيعة: ب ١٥ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٦٦.
(٢ و٨) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣١٩.
(٣ و٩) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٠.
(٤ و٧) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٥٩.
(٥) راجع المجموع: ج ١٥ ص ٢٧١ ـ ٢٧٢، والأمّ: ج ٤ ص ٦٨.
(٦) السنن الكبرى: ج ٦ ص ١٨٩.

حيث ضيّعه. فلو أخذه الحاكم ضاع عنه وأتعبه. ولعلّ الظاهر من الشيخ وابن إدريس أنّه لا يجوز أخذها حيث يخاف عليها إلّا للحاكم عملاً بإطلاق الأخبار الخاصّة والعامّة كما هو خيرة الشافعي، وقد سمعت دليله ودليلنا واحتمال استنباط ذلك أيضاً من عبارة «المبسوط بل والتذكرة» لا نمنعه، لكن مقتضى أُصول المذهب ما ذكرناه.

وقال في «الدروس»: وعلى الجواز فالظاهر أنّه يرجع بالنفقة إذا نوى الرجوع وتعذّر الحاكم، وحينئذٍ فالأقرب وجوب تعريفه سنة وجواز التملّك بعده. وهو ظاهر ابن إدريس والمحقّق، ولم أقف على قول بالمنع من التعريف والتملّك، وعلى هذا يتّجه جواز الأخذ إذا كان بنيّة التعريف والتملك بعد الحول، ويحرم إذا كان بنيّة التملّك [1].

قلت: ينبغي على هذا التفصيل في النفقة، فإن كان نوى التملّك قبل التعريف أو بعده أنفق من ماله ولا رجوع، لأنّه فعل ذلك لنفعه، وإن نوى الحفظ دائماً رجع مع نيّة الرجوع. وقال في «الدروس»: وعن علي عليه السلام في أخذ الضالّة: إذا نوى الآخذ أخذ الجعل فنفقت ضمنها وإلّا فلا ضمان عليه [2]. وفيه دليل على جواز أخذها، قال: وقال الفاضل: يجوز أخذ الآبق لمن وجده، ولا نعلم فيه خلافاً، ولا يضمن لو تلف بغير تفريط، ومنع من تملّكه بعد التعريف، لأنّه يتحفّظ بنفسه كضوالّ الإبل. وفيه إشعار بعدم جواز تملّك الضالّة. وهو حسن في موضع المنع من أخذها [3]. واستشكل في «الكفاية [4]» في المسألة ـ أي مسألة جواز أخذ الغزلان ونحوها ـ ثمّ قال: ولا يبعد إدخالها في العمومات الدالّة على حكم لقطة الأموال، وقد عرفت الحال [5] وأنّه لا إشكال.

(١ و٣) الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٤.

(٢) وسائل الشيعة: ب ١٩ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٦٩.

(٤) كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٧.

(٥) تقدّم في صدر هذه الصفحة والصفحتين السابقتين عليها.

وأمّا العمران

[في المراد من العمران والفلاة]

قوله: ﴿وأمّا العمران﴾ قد قابل الأصحاب هنا الفلاة بها، وقد طفحت عباراتهم بذكر الفلاة والمفازة والخربة في لقطة المال الصامت، ولابدّ من بيان ذلك. ففي «التنقيح» المراد بالفلاة ما ليس بعامر، والعامر ما فيه قرى مسكونة أو أهل طنب قاطنون[1]. وفي «جامع المقاصد» العمران ما بين البيوت سواء كانت بيوت أهل الأمصار والقرى أو أهل البادية، قال: والمزارع والبساتين المتّصلة بالبلد ولا تنفكّ غالباً من الناس من العمران[2]. ومراده أنّ الفلاة ما عداه. وفي «التذكرة[3]» ما يوجد قريباً من الفلاة حكمه حكم العمران والكلّ بمعنى. وفي «المبسوط[4] والوسيلة[5]» ما يقضي بتحديد العمران بنصف فرسخ وأنّ ما عداه فلاة، قال: ما كان في القرى والعمران وما يتّصل به على نصف فرسخ... إلى آخره.

وفي «الصحاح[6] والقاموس[7] ومجمع البحرين[8]» الخراب ضدّ العمران،

---

(١) التنقيح الرائع: في الضوالّ ج ٤ ص ١١٢ و١١٣.

(٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٢.

(٣) الموجود في التذكرة هو قوله: ما يؤخذ من الحيوان قريباً من العمران حكمه حكم الموجود في العمران وهو الّذي حكاه عنه في جامع المقاصد. ولا يخفى عليك الفرق بين التعبيرين في المعنى، ويتبعه الفرق في الحكم. فإنّ مقتضى ما نقله عنه في الشرح أنّ الّذي وجد قريباً من الفلاة هو ما في حواشي العمران القريبة إلى الفلاة فحكمه حكم ما وجد في العمران، وأمّا مقتضى ما في التذكرة هو أن الّذي وجد قريباً من العمران هو ما وجد في حواشي الفلاة القريبة إلى العمران فلا يجب أن يكون حكمه حكم ما وجد في العمران بل يحتمل أن يكون حكمه حكم ما وجد في الفلاة، فتأمّل ولا تغفل. فراجع التذكرة: ج ٢ ص ٢٦٨، وجامع المقاصد: ج ٦ ص ١٤٢.

(٤) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٠. (٥) الوسيلة: في اللقطة والضالّة ص ٢٧٨.

(٦) الصحاح: ج ١ ص ١١٩ مادّة «خرب». (٧) القاموس المحيط: ج ١ ص ٦٠ مادّة «الخراب».

(٨) مجمع البحرين: ج ٢ ص ٤٩ مادّة «خرب»، وج ٣ ص ٤١٥ مادّة «عمر».

والعمارة ضدّ الخراب، وأنّ المعمور هو المأهول، وقد عرفت أنّ الفلاة ضدّ العامر، فيكون المراد بالخراب والخربة في صحيح [1] محمّد بن مسلم ما يشمل الفلاة.

وقد قوبل العمران بالمفاوز في كلام «التذكرة [2]» وكلام العامّة [3] في عدة مواضع، وقوبل فيهما أيضاً العمران بالصحراء بل في مسألة واحدة تارةً يقابل العمران بالصحراء وتارةً بالمفاوز، وقد أردفت الصحراء بالفلاة في عدّة مواضع من «التذكرة [4]» وقوبل بهما معاً فيها العمران. وقد قوبلت الصحراء بالبلدان في «التحرير [5]» في لقطة الطعام.

وقد فسّرت الصحراء بالبرّية في «الصحاح [6] ومجمع البحرين [7]» وفسّرت البرّية بالصحراء في «النهاية [8] والصحاح [9] والمصباح المنير [10]» وزيدت الواسعة في «مجمع البحرين [11]» وقال في «القاموس [12]»: الصحراء الأرض المستوية في لين وغلظ والفضاء الواسع لانبات به. وفسّر فيه [13] الفلاة بالقفر أو الصحراء الواسعة، وفسّر فيه [14] القفر بالخلاء من الأرض. وفسّرت المفازة في «النهاية [15]» بالبرّية

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب اللقطة ح ١ و٢ ج ١٧ ص ٣٥٤.
(٢) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٨ س ٣١ ـ ٣٥.
(٣) راجع المغني لابن قدامة: ج ٦ ص ٣٦٣ و٣٦٤، والشرح الكبير: ج ٦ ص ٣٢٨ و٣٢٩، والمجموع: ج ١٥ ص ٢٧١ و٢٧٣ و٢٧٧.
(٤) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٧ س ١٢ ـ ٢٥.
(٥) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٧٨.
(٦ و ٩) الصحاح: ج ٢ ص ٧٠٨ مادّة «صحر».
(٧) مجمع البحرين: ج ٣ ص ٣٦١ مادّة «صحر».
(٨) النهاية: ج ١ ص ١١٧ مادّة «برر».
(١٠) المصباح المنير: ج ١ ص ٤٣ مادّة «البرّ».
(١١) مجمع البحرين: ج ٣ ص ٢١٩ مادّة «برر».
(١٢) القاموس المحيط: ج ٢ ص ٦٧ مادّة «الصحراء».
(١٣) القاموس المحيط: ج ٤ ص ٣٧٥ مادّة «فلا».
(١٤) القاموس المحيط: ج ٢ ص ١٢٠ مادّة «قفر».
(١٥) النهاية: ج ٣ ص ٤٧٨ مادّة «فوز».

القفر. وفسّر القفر في«الصحاح[١] والمصباح[٢]» بالمفازة. وقال في «الصحاح[٣]» إنّ المفازة واحدة المفاوز. وفسّرت المفاوز بالفلاة لا ماء فيها في«القاموس[٤] والمصباح المنير[٥]» ولم يبيّنوا مقدارها ولا مقدار بعدها عن العمران، فتصدق على ما كان بعيداً عن العمران بفرسخ أو أكثر حيث يصدق أنّه فلاة ويكون خالياً عن الماء ويصدق عليه أنّه قفر، لكنّ هذا ـ أعني تفسير القفر بالمفازة والمفازة بما لا ماء فيها ـ يقضي بأنّ ما كان بعيداً عن العمران بألف فرسخ وفيه ماء أنّه ليس قفراً ولا مفازة، وفيه ما لا يخفى. فالمدار على ما وافق منها العرف وكلام الأصحاب.

وقد تحصّل: أنّ الفلاة والصحراء والبرّية والقفر والخربة والمفازة بمعنى واحد في كلام الأصحاب، وهو غير العامر المأهول المسكون، وإلّا فما كانت الإمرأة الّتي تنبذ ولدها لتمضي مراحل على غير الطريق المألوف وتنبذه في أرضٍ لا ماء فيها، وما كانوا ليمنعوا على ملتقط الشاة وصغير البقر والحمير أن يلتقطها إلّا في ذلك المكان ويقولوا: إنّ ما عداه من العامر الّذي يحرم التقاطها فيه، ويلزم أن يكون ملتقط السفرة الّتي فيها البيض والجبن والطعام في المفازة الّتي سوّغ له مولانا الصادق عليه‌السلام أكله وتقويمه على نفسه في خبر «الفقيه[٦]» حيث صرّح فيه بالمفازة، وبها ـ أي المفازة ـ صرّح وأفتى في «المقنع[٧] والمقنعة[٨] والنهاية[٩]»

(١) الصحاح: ج ٢ ص ٧٩٧ مادّة «قفر».
(٢) المصباح المنير: ج ٢ ص ٥١١ مادّة «قفر».
(٣) الصحاح: ج ٣ ص ٨٩٠ مادّة «فوز».
(٤) القاموس المحيط: ج ٢ ص ١٨٦ مادّة «الفوز».
(٥) المذكور في المصباح المنير في تفسير المفازة هو أنّها الموضع المهلك. نعم فسّر الفلاة بالأرض الّتي لا ماء فيها، فالفرق بين الحكاية والمحكي واضح. راجع المصباح المنير: ج ٢ ص ٤٨١ و ٤٨٣.
(٦) من لا يحضره الفقيه: في باب اللقطة والضالّة ج ٣ ص ٢٩٧ ح ٨.
(٧) المقنع: في اللقطة ص ٣٨٠.
(٨) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٧.
(٩) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٢.

فلا يحلّ أخذ شيءٍ من الضوالّ فيها وإن لم تكن ممتنعة كأطفال الإبل والبقر،

ما التقط ذلك إلّا في ذلك المكان من الأرض، أعني الّذي على غير الطريق في أرض بعيدة عن العمران بمراحل شتّى لا ماء فيها، لأنّها هي المفازة والفلاة كما فهمه بعض [١] معاصرينا من قولهم: وما يوجد في خربة أو فلاة أو مفازة أو برّية على اختلافهم في التعبير فهو لواجده أنّ ذلك من الخرافات، وما كانوا ليريدوا بالفلاة والمفازة والبرّية والصحراء في الشاة وأطفال البقر والحمير والإبل والسفرة والطعام واللقيط معنى مغايراً لمعناها في لقطة المال الصامت، أنّ ذلك لخطأ محض وجهل صرف.

[حكم الدوابّ الضالّة في العمران]

قوله: ﴿فلا يحلّ أخذ شيءٍ من الضوالّ فيها وإن لم تكن ممتنعة كأطفال الإبل والبقر﴾ كما في «الشرائع [٢] وكشف الرموز [٣] والتذكرة [٤] والتحرير [٥] والتنقيح [٦] والمهذّب البارع [٧] والمقتصر [٨] وجامع المقاصد [٩] والمسالك [١٠]

(١) الظاهر هو الطباطبائي في رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤١٥.
(٢) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٨٩ ـ ٢٩٠.
(٣) كشف الرموز: في الضوالّ ج ٢ ص ٤٠٨.
(٤) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٧ س ٢٠.
(٥) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٥٩.
(٦) التنقيح الرائع: في الضوالّ ج ٤ ص ١١٣.
(٧) المهذّب البارع: في الضوالّ ج ٤ ص ٣٠٢.
(٨) المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٣ ـ ٣٥٤.
(٩) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٢.
(١٠) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٨ ـ ٤٩٩.

والروضة[١] ومجمع البرهان[٢] والكفاية[٣] والرياض[٤]» ومال إليه في «الدروس[٥]» لكنّه في «التذكرة[٦]» استثنى خوف التلف والنهب. وهو المشهور كما في «جامع المقاصد[٧] والكفاية[٨] والمفاتيح[٩] والتنقيح[١٠]» وزاد فيه استثناء ما استثناه في التذكرة. وفي «مجمع البرهان[١١]» أنّه يُفهم من التذكرة أنّه لا خلاف فيه، ولم نجد فيها ما يظهر منه ذلك. وفي «التنقيح[١٢]» أيضاً لا نعلم خلافاً في عدم جواز أخذ غير الشاة إلّا من الشيخ في المبسوط. ثمّ قال: المشهور المنع إلّا مع خوف التلف أو النهب كما حكيناه عنه، فتأمّل. وفي «المهذّب البارع[١٣] والمقتصر[١٤]» الإجماع على المنع في الشاة.

وقال في «المبسوط»: أمّا إذا كان في العمران وما يتّصل به على نصف فرسخ أو أقلّ له أخذها، سواء كان حيواناً ممتنعاً أو غير ممتنع[١٥]. ومثله ما في «الوسيلة[١٦]».

---

(١) الروضة البهية: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٨٩.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٤٠ ـ ٤٤٢.
(٣ و٨) كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٧ ـ ٥٢٨.
(٤) رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٧ ـ ٣٩٨.
(٥) الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٣.
(٦) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٨ س ٣٤.
(٧) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٢.
(٩) مفاتيح الشرائع: في حكم ما يوجد من الحيوان الضالّة في العمران ج ٣ ص ١٨٢.
(١٠) التنقيح الرائع: في الضوالّ ج ٤ ص ١١٣.
(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٣٩.
(١٢) التنقيح الرائع: في الضوالّ ج ٤ ص ١١٣.
(١٣) المهذّب البارع: في الضوالّ ج ٤ ص ٣٠٠.
(١٤) المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٣.
(١٥) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٠.
(١٦) الوسيلة: في اللقطة والضالّة ص ٢٧٨.

والجواز في الشاة ظاهر «النهاية[١] والسرائر[٢] والإرشاد[٣] والمختلف[٤] واللمعة[٥]» بل قد نسبه في «الدروس[٦]» إلى الفاضل على البتّ، بل قد يظهر ذلك في الشاة وغيرها من «المراسم[٧]» بل ومن «المقنعة[٨]» في آخر الباب منها. ولا تغفل عمّا حكاه أبو العبّاس والمقداد.

وفي «المسالك[٩]» أما إذا كان ممتنعاً كالإبل فلا شبهة في المنع من أخذه، لأنّ النهي في الفلاة يقتضي النهي عنه في العمران بطريق أولى. قلت: قد سمعت ما حكيناه عن المبسوط والوسيلة والمراسم.

وقد يقال[١٠]: على الأولوية أنّ الكبير لا يهتدي في العمران الواسعة الكبيرة للرعي وورود الماء فيكون ضائعاً كالصغير.

حجّة المنع الأصل وأنّها في العمران محفوظة وأنّ المفهوم من قولهم عليهم السلام «هي لك أو لأخيك أو للذئب»[١١] أنّها في غير العمران، وقولهم عليهم السلام: «لا تمسّها»[١٢] و«الضوالّ لا يأكلها إلّا الضالّون إذا لم يعرّفوها»[١٣].

(١) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٢.
(٢) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٧.
(٣) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٢.
(٤) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٩٧ ـ ٩٨.
(٥) اللمعة الدمشقية: في لقطة الحيوان ص ٢٣٨.
(٦) الدروس الشرعيّة: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٣.
(٧) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦.
(٨) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٨.
(٩) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٩.
(١٠) كما في تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٨ س ١٥ نقلاً عن العامّة.
(١١) وسائل الشيعة: ب ١٣ من أبواب اللقطة ح ٧ ج ١٧ ص ٣٦٥.
(١٢) المصدر السابق: ب ١ من أبواب اللقطة ح ١ و ٩ ج ١٧ ص ٣٤٧ ـ ٣٤٩.
(١٣) المصدر السابق: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ٤ ج ١٧ ص ٣٥٠.

فإن أخذها تخيّر بين حفظها لمالكها وعليه نفقتها من غير رجوع، وبين دفعها إلى الحاكم،

ويمكن المناقشة في الجميع، أمّا الأصل فينقطع بصحيح صفوان [١]: «مَن وجد ضالّة ولم يعرّفها» وبخبر جرّاح [٢] الّذي ذكر لهم أخيراً، وبعدم الاستفصال في حسنة هشام [٣] قال: إنّي وجدت شاة؟ فقال صلى الله عليه وآله: هي لك ... الحديث. والذئب تمثيل أو أنّها إذا بقيت خرجت إلى الفلاة فيأكلها الذئب، و«ما أُحبّ أن أمسّها» محمول على الكراهة قطعاً، لأنّه إنّما ذكر في صحيح معاوية بن عمّار [٤] الواردة في الشاة الضالّة في الفلاة. ومن ذلك يظهر حجّة القول الآخر، بل كلامهم فيما يأتي [٥] في النفقة يقضي بجواز الأخذ كما ستسمع.

قوله: ﴿فإن أخذها تخيّر بين حفظها لمالكها وعليه نفقتها من غير رجوع، وبين دفعها إلى الحاكم﴾ كما في «الشرائع [٦] والتذكرة [٧] والتحرير [٨] والإرشاد [٩] والمهذّب البارع [١٠] والمسالك [١١] ومجمع البرهان [١٢]» ومرادهم أنّه أخذ

---

(١) وسائل الشيعة: ب ١٤ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٦٥.
(٢) المصدر السابق: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ٤ ج ١٧ ص ٣٥٠.
(٣ و ٤) المصدر السابق: ب ١٣ من أبواب اللقطة ح ١ و ٥ ج ١٧ ص ٣٦٣ و ٣٦٤.
(٥) سيأتي في هذه الصفحة وما بعدها إلى ص ٦٧٦
(٦) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٩٠.
(٧) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٨ س ١٠.
(٨) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٥٩.
(٩) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٢.
(١٠) المهذّب البارع: في اللقطة ج ٤ ص ٣٠٢ و ٣٠٣.
(١١) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٩.
(١٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٤١.

فإن تعذّر أنفق

غير الشاة من العمران سواء كان ممتنعاً أو غير ممتنع وأنّه أمسكها لصاحبها أمانة كما صرّح به في «التذكرة[١]».

وأمّا أنّ عليه نفقتها حيث يختار إمساكها لصاحبها من غير رجوع بها فلتبرّعه حيث أخذ في موضع المنع، لكنّ الإنفاق من ماله عَلَى تقدير كونها أمانة لا يتمّ. ثمّ إنّها حينئذٍ أمانة عامّه شرعية يجب دفعها إلى الحاكم فكيف يصحّ له إبقاؤها في يده؟

وأمّا أنّ له دفعها إلى الحاكم لينفق عليها من بيت المال، لأنّه من المصالح ويبرأ بالتسليم إليه أو يأمره بالإنفاق عليها فلأنّه وليّ الغائب ووكيله.

وفيه: أنّه إذا كان غير جائز يكون غاصباً ضامناً، وقد قالوا[٢] في غير المقام: إنّه لا ينفق على مال الغير من بيت المال بل يستقرض عليه أو يبيعه فيه أو ينفق الواجد له من عنده ويرجع إن كان أميناً، وهو هنا غاصب فينفق ولا يرجع، ولا نسلّم كون الحاكم وكيلاً مطلقاً حتّى في مثل هذه الصورة. قولهم: إنّه محسن[٣]. قلنا: الغاصب ليس بمحسن. ولعلّه لذلك ترك ذلك في «الدروس[٤]»: وقال في «جامع المقاصد[٥]»: في بعض هذه الأحكام بحث.

قوله: ﴿فإن تعذّر أنفق﴾ كما صرّح به في جميع ما تقدّم[٦] عدا الإرشاد.

(١) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٨ س ١٠.

(٢) كما في مجمع الفائدة والبرهان: في اللقطة ج ١٠ ص ٤٤٢.

(٣) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٧، والسيّد الطباطبائي في رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤١١، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٥٤٦، والمحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٤١.

(٤) الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٣.

(٥) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٣.

(٦) تقدّم في الصفحة السابقة.

ولم يرجع.

قوله: ﴿ولم يرجع﴾ كما في «المهذّب البارع[١] وجامع المقاصد[٢]» وقال فيه: إنّه المشهور، فتأمّل. وقال في «المبسوط»: إذا كان في العمران وما يتّصل به على نصف فرسخ وأقلّ له أخذها سواء كان حيواناً ممتنعاً أو غير ممتنع، وهو بالخيار بين أن ينفق عليها تبرّعاً أو يرفع خبرها إلى الحاكم ولا يأكلها[٣] فقد حكم بعدم الرجوع في صورة الجواز عنده. ونحوه ما في «الوسيلة[٤]». وفي «الشرائع[٥] والتذكرة[٦] والتحرير[٧]» أنّه يرجع.

وقال في «النهاية»: ومَن وجد شيئاً ممّا يحتاج إلى النفقة عليه فسبيله أن يرفع خبره إلى السلطان لينفق عليه من بيت المال، فإن لم يجد وأنفق هو عليه كان له الرجوع على صاحبه بما أنفق هو عليه[٨]. ومثله ما في «المقنعة[٩]» وكلامهما في صورة الجواز. وأنكر ابن إدريس[١٠] عليهما رجوعه إذا كانت النفقة في الحول لتبرّعه. وهذا الخلاف ـ أعني خلاف الشيخين وابن إدريس ـ مذكور فيما يأتي[١١]

---

(١) المهذّب البارع: في الضوالّ ج ٤ ص ٣٠٣ و٣٠٤.
(٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٢.
(٣) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٠.
(٤) الوسيلة: في اللقطة والضالّة ص ٢٧٨.
(٥) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٩٠.
(٦) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٨ س ١١.
(٧) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٥٩.
(٨) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٤.
(٩) المقنعة: في باب جعل الآبق ص ٦٤٩.
(١٠) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١١٠.
(١١) سيأتي في ص ٦٧٩ ـ ٦٨٠.

من «الكتاب والشرائع[١] والنافع[٢]» وغيرها[٣]. وهو مفروض في كلامهم في صورة جواز الأخذ. وهو في كلام الشيخين شامل بإطلاقه بل بعمومه لما أُخذ من العمران أو الفلاة، لأنّهما في الكتابين يجوّزان أُخذ الضوالّ من العمران، فكلامهما فيما يتناول مسألتنا. ويأتي تمام الكلام[٤] فيه إن شاءالله تعالى، وكلام المبسوط من مسألتنا إلّا أنّ الأخذعنده جائز، وعند إمعان النظر لا اختلاف بين كلامي المبسوط والنهاية، لأنّه إنّما جوّز له الرجوع في الآخر فيما إذا أراد رفع خبره إلى السلطان ولم يجده، فكأنّه صار معذوراً، وفي المبسوط إنّما منعه من الرجوع حيث لا يختار رفعه إلى السلطان، والمفروض في الكتابين جواز الأخذ، فلا منافاة. ويدلّ على ذلك ما في «المهذّب البارع[٥]» قال في صورة الجواز: وإن لم يرفع أمرها إلى الحاكم وآثر بقاءها عنده أنفق ولا يرجع بالنفقة إجماعاً، انتهى.

وقد نسب إلى ظاهر الدروس في «جامع المقاصد[٦]» في مسألتنا فيما إذا تعذّر الحاكم وأنفق أنّه توقّف في عدم الرجوع حيث أسنده إلى الشيخ. ونسب إليه في «المسالك[٧]» التوقّف في ذلك وفيما إذا أنفق قبل الوصول إلى الحاكم، وقال: إنّ الموضعين من سنخ واحد، وقد علمت أنّه في «الدروس[٨]» لم يذكر مسألتنا هذه، وإنّما قال فيه: وهل يلحق بالشاة غيرها؟ قال الشيخ في المبسوط ... وساق كلامه

(١) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٩٠.
(٢) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٣.
(٣) كرياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٢٩٨.
(٤) سيأتي في ص ٦٨٨ ـ ٦٩٠.
(٥) المهذّب البارع: في الضوالّ ج ٣ ص ٣٠٣.
(٦) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٢.
(٧) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٤٩٩ ـ ٥٠٠.
(٨) تقدّم في ص ٦٧٤. وراجع الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٣.

وان كانت شاةً حبسها ثلاثة أيّام، فإن جاء المالك وإلّا باعها

المتقدّم، ثمّ قال: ومنع الفاضل من أخذها في العمران، فلعلّهما استنبطا ذلك من الدروس من نقله عبارة المبسوط هذه أو من نسبته إلى الشيخ عدم الرجوع في الشاة إذا أنفق عليها أو من نسبته إليه عدم الرجوع في النفقة على أطفال الإبل والبقر إذا أخذها في الفلاة. وهذه أيضاً يجوّز أخذها في المبسوط، لكنّه إذا نسب إلى الشيخ عدم الرجوع في صورة الجواز بحيث يظهر منه توقّفه فيه لا يكون دالّاً على توقفه في عدم الرجوع في صورة عدم الجواز، فتأمّل. فكلامهما ـ أي المحقّق الثاني والشهيد الثاني ـ غير محرّر. ويزيد الشهيد الثاني في جعله الموضعين من سنخٍ واحد، مع أنّه قبل وصوله إلى الحاكم له حالات مختلفة حكماً، والّذي يظهر بعد إمعان النظر أنّ كلام الدروس أيضاً غير محرّر، لأنّه يظهر منه أنّ كلام النهاية مخالف لكلام المبسوط، مضافاً إلى أُمور أُخر في كلامه تظهر لمن تدبّر.

إذا تحرّر هذا فوجه عدم الرجوع يُعلم ممّا مرّ من أنّه غاصب، ووجه الرجوع أنّه لمّا تعذّر الوصول إلى المالك والحاكم صار مأموراً من الشارع بالإنفاق، فكان مأذوناً فيه شرعاً، فإذا نوى الرجوع لم يكن متبرّعاً، ولأنّه محسن.

قوله: ﴿وإن كانت شاةً حبسها ثلاثة أيّام، فإن جاء المالك وإلّا باعها﴾ وتصدّق بثمنها كما في «النهاية[1] والسرائر[2] والشرائع[3] والتذكرة[4]

(١) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٢.
(٢) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٧.
(٣) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٩٠.
(٤) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٨ س ١١.

والتحرير[١] والإرشاد[٢] والمختلف[٣] والإيضاح[٤] والدروس[٥] واللمعة[٦] والمهذّب البارع[٧] والمقتصر[٨] والتنقيح[٩] وجامع المقاصد[١٠] والمسالك[١١] والروضة[١٢]».

وظاهر «مجمع البرهان والكفاية» التوقّف، قال في الأوّل: سند الحكم رواية ابن أبي يعفور[١٣] عن الصادق عليه السلام أنّه قال: جاءني رجل من أهل المدينة فسألني عن رجل أصاب شاة؟ قال: فأمرته أن يحبسها عنده ثلاثة أيّام ويسأل عن صاحبها، فإن جاء صاحبها وإلّا باعها وتصدّق بثمنها. وفي طريقها محمّد بن موسى الهمداني، وقد قيل: إنّه ضعيف ويضع الحديث، ومنصور بن العبّاس الّذي قيل فيه: إنّه مضطرب الأمر، والحسن بن فضّال وعبدالله بن بكير، وهي على خلاف الأصل والقوانين، وليس فيها العمران، وكأنّها حملت على العمران للإجماع على عدم ذلك في غير العمران، لكنّ الحكم مشهور[١٤]، انتهى.

وقال في «الكفاية»: المشهور عندهم أنّه لا يجوز أخذ الشاة وأنّه لو أخذها

---

(١) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٥٩ ـ ٤٦٠.
(٢) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٢.
(٣) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٩٧.
(٤) إيضاح الفوائد: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ١٤٩.
(٥) الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٣.
(٦) اللمعة الدمشقية: في لقطة الحيوان ص ٢٣٨.
(٧) المهذّب البارع: في الضوالّ ج ٤ ص ٣٠٠.
(٨) المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٣.
(٩) التنقيح الرائع: في الضوالّ ج ٤ ص ١١٣.
(١٠) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٣.
(١١) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٥٠٠.
(١٢) الروضة البهية: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٨٩.
(١٣) وسائل الشيعة: ب ١٣ من أبواب اللقطة ح ٦ ج ١٧ ص ٣٦٥.
(١٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٤٠.

ـ وفي اشتراط إذن الحاكم إشكال ـ وتصدّق بثمنها وضمن،

احتبسها عنده ثلاثة أيّام من حين الوجدان ويسأل عن مالكها، فإن وجده دفعها إليه وإلّا باعها وتصدّق بثمنها. ومستنده رواية ابن أبي يعفور، وهي ضعيفة، لكنّها مشهورة بين الأصحاب[١]. وقد نسب ما يقضي بالعمل بها إلى إطلاق الأصحاب وإطلاق عبارات الأصحاب غير مرّة في «الإيضاح[٢] والمهذّب البارع[٣]».

وفي «الرياض[٤]» قد حملها الأصحاب على ما إذا اُخذت من العمران، وظاهرهم الإطباق على العمل بها. قلت: إن أراد أنّ العمل بها ظاهر من ذكر ما تضمّنته فصريحه العمل بها، وإن أراد غيرهم ففيه أنّه لم يتعرّض لذلك في المقنع والمقنعة والمراسم والوسيلة والغنية والتبصرة وغيرها، بل في «النافع[٥]» ردّها فكيف يكون ظاهرهم؟ إلّا أن نقول: إنّه استعلم مقالة مَن لا يعلم بمقالة مَن يعلم.

قوله: ﴿وفي اشتراط إذن الحاكم إشكال﴾ أقواه العدم كما في «المهذّب البارع[٦] وجامع المقاصد[٧]» لأنّ النصّ وعبارات الأصحاب خالية عنه كما قاله في الأوّل. وفي «الإيضاح[٨]» أنّ دليله عموم إطلاق الأصحاب.

قوله: ﴿وتصدّق بثمنها﴾ قد تقدّم[٩] الكلام فيه.

قوله: ﴿وضمن﴾ كما في «التذكرة[١٠] والدروس[١١] والمهذّب البارع[١٢]

---

(١) كفاية الأحكام: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٥٢٨.
(٢ و٨) إيضاح الفوائد: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ١٤٨ و١٤٩.
(٣ و٦ و١٢) المهذّب البارع: في الضوالّ ج ٤ ص ٣٠٠ و٣٠١.
(٤) رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٧. (٥) المختصر النافع: في الضوالّ ص ٢٥٣.
(٧) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٣.
(٩) تقدّم في ص ٦٧٧ ـ ٦٧٨.
(١٠) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٨ س ١٢.
(١١) الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٣.

أو احتفظه ولا ضمان،

والمقتصر[١] والتنقيح[٢] والمسالك[٣] والروضة[٤] ومجمع البرهان[٥]». وفي «جامع المقاصد» بعد أن نسبه إلى إطلاق الأصحاب ـ وقد عرفت المصرّح به قبله ـ قال: يشكل الضمان على تقدير كون العين أمانة[٦]. وتردّد فيه ـ أي الضمان ـ في «الكفاية[٧]» وسكت عنه الباقون[٨] كما في الخبر[٩]. وظاهرهم عدم الضمان، وعلى تقدير القول بعدم جواز الأخذ يكون غاصباً ضامناً، فتأمّل. ومراد مَن أطلق الضمان أنّه إذا لم يرض المالك كما هو صريح بعضهم[١٠] كما هو ظاهر.

قوله: ﴿أو احتفظه ولا ضمان﴾ كما في «التحرير[١١] والإيضاح[١٢] والمهذّب البارع[١٣] والمقتصر[١٤] والمسالك[١٥]» ولعلّه لأنّ البيع جائز فيكون مأذونا شرعاً

(١) المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٣. (٢) التنقيح الرائع: في الضوالّ ج ٤ ص ١١٣.
(٣ و ١٥) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٥٠٠.
(٤) الروضة البهية: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٨٩.
(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٤٠.
(٦) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٣.
(٧) كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٨.
(٨) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٩٠، والعلّامة في إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٢، والشهيد في اللمعة الدمشقية: في لقطة الحيوان ص ٢٣٨ ـ ٢٣٩.
(٩) وهو خبر ابن أبي يعفور الّذي تقدّم في ص ٦٧٨.
(١٠) كالفاضل المقداد في التنقيح الرائع: في اللقطة في الضوالّ ج ٤ ص ١١٣، والشهيد الأوّل في الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٣، والشهيد الثاني في الروضة البهية: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٨٩.
(١١) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٦٠.
(١٢) إيضاح الفوائد: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ١٤٩.
(١٣) المهذّب البارع: في اللقطة في الضوال ج ٤ ص ٣٠٠. (١٤) المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٣.

وفي الصدقة بعينها أو قبل الحول بثمنها إشكال.

في قبض الثمن. وفيه: أنّه إذا كان الأخذ ممنوعاً كان عدواناً، والعدوان يقضي بالضمان، وتجويز البيع لا يقتضي عدم الضمان، ولذلك استشكل في «جامع المقاصد [1]». وقال في «الروضة»: لا ضمان إن جاز الأخذ [2]. ثمّ إنّه حينئذٍ أمانة شرعيّة وحكمها وجوب التصدّق بها فوراً أو دفعها إلى الحاكم.

وكيف كان، هل يجب عليه تعريفه حينئذٍ؟ قال أبو العبّاس في «المهذّب [3]»: الأظهر ذلك لخفاء حالها عن المالك، قال: ويحتمل ضعيفاً عدمه، لأنّهم لم يذكروه. وقال في «المقتصر [4]» إنّما يجب التعريف طول الحول الأوّل ولا يجب بعده. قلت: فقد غايرت لقطة الأموال، وظاهرهم عدم وجوبه أصلاً إلّا ما قد يظهر من الاستشكال في الصدقة قبل الحول في المسألة الآتية. وعلى تقدير تعريفه ليس له تملّكه بعد الحول نصّ عليه أبو العبّاس [5].

قوله: ﴿وفي الصدقة بعينها أو قبل الحول بثمنها إشكال﴾ هنا مسألتان:

الأُولى: هل يجوز التصدّق بعينها أم لا؟ اختير الثاني في «الإيضاح [6] والمهذّب البارع [7] والمقتصر [8] وجامع المقاصد [9]» جرياً على الأصل ووقوفاً على مورد النصّ

(١ و٩) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٣ ـ ١٤٤.
(٢) الروضة البهية: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٨٩.
(٣ و٥) المهذّب البارع: في اللقطة ج ٤ ص ٣٠١.
(٤) المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٣.
(٦) إيضاح الفوائد: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ١٤٩.
(٧) المهذّب البارع: في الضوالّ ج ٤ ص ٣٠٠.
(٨) المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٢.

ووجه الأوّل أنّه لا تفاوت بين العين والثمن، فإذا جاز صرفها في الصدقة بواسطة البيع فليجز بغير واسطة، وأنّ البيع إثبات ولاية له في تصرّفه، وهو على خلاف الأصل، ففي جواز الصدقة بها تقليل لخلاف الأصل.

والمسألة الثانية: هل يجوز بيعها قبل الحول والتصدّق بثمنها أو يجب تعريفها سنة ثمّ يبيعها ويتصدّق بثمنها؟ كذا قال في «الإيضاح [1]» والأصحّ أن يقال: هل تجوز الصدقة بالثمن قبل التعريف حولاً أم لا كما في «المهذّب البارع [2] وجامع المقاصد [3]» اختير الأوّل في «الإيضاح [4]» بناءً على ما فهمه، و«المهذّب البارع [5] والمقتصر [6] وجامع المقاصد [7]» بناء على ما فهماه، لإطلاق الأصحاب كما في «الإيضاح [8]» وإطلاقهم وإطلاق النصّ كما في المهذّب البارع [9]. وقال في «الروضة [10]»: ظاهر النصّ والفتوى عدم وجوب التعريف.

قلت: لا ريب أنّ ظاهر النصّ الصدقة بالثمن بعد البيع من غير شرط التعريف، فلو كان مشروطاً لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة وجعل السبب الغير التامّ تامّاً، وأقصى ما في أدلّة التعريف إطلاق الأمر به، وهو غير منصرف بحكم التبادر وسياق أكثر النصوص [11] إلّا إلى لقطة الأموال غير الضوالّ.

وقال في «جامع المقاصد»: لا دليل على تقييد الخبر بأدلّة التعريف، إذ لا أولويّة بين تقييد هذا الخبر أو تخصيص تلك [12]. وفيه: أنّ مجرّد عدم الأولويّة لا تقضي بالحكم والترجيح، على أنّه قد يدّعى الأولويّة في تلك، لأن كانت أصحّ سنداً وأكثر عدداً.

(١ و٤ و٨) إيضاح الفوائد: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ١٤٩ و١٥٠.
(٢ و٥ و٩) المهذّب البارع: في اللقطة في الضوالّ ج ٤ ص ٣٠١.
(٣ و٧ و١٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٤.
(٦) المقتصر: في اللقطة في الضوالّ ص ٣٥٣.
(١٠) الروضة البهية: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٨٩.
(١١) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ج ١٧ ص ٣٤٩ ـ ٣٥٣.

ووجه الثاني أنّ التعريف أقرب إلى وصول المال إلى مستحقّه، ولأنّه ربّما كان فائدة البيع والتصدّق بالثمن ذلك دون التصدّق بالعين، مضافاً إلى الاحتياط. واستدلّ له في «الإيضاح[١]» بعموم الأمر بالتعريف وبالاحتياط، لأنّه يجوز في أثناء السنة ظهور المالك وتعلّق غرضه بعين ماله، ولا ريب أن التعريف أحوط.

وقد يظهر من كلامهم[٢] أنّه لا يجب عليه تعريفها في الأيّام الثلاثة. وقال أبو العبّاس في «كتابيه»[٣]: نصاب التعريف ثلاثة أيّام. وهو الظاهر من النصّ حيث قال عليه السلام: ويسأل عن صاحبها[٤].

وهل يجوز أن تبقى عينها أمانة؟ نصّ عليه في «التحرير[٥] والمهذّب البارع[٦] والمقتصر[٧] والمسالك[٨] والروضة[٩]» وهو يخالف حكم الأمانة الشرعيّة. وأوجب التعريف أبو العبّاس في «كتابيه»[١٠] لو أراد بقاءها عنده، وقال: ليس له تملّكها بعد الحول. وفي «الروضة» ليس له تملّكها مع الضمان على الأقوى للأصل[١١].

وبقي هنا شيء وهو أنّه لو كانت الشاة وغيرها من الضوالّ كالكلاب المملوكة الّتي يجوز التقاطها وتملّكها قيمتها دون الدرهم هل يجوز تملّكها من غير تعريف كما فيما دون الدرهم من الأثمان والعروض أو تقول: إنّ الضوالّ يجب تعريفها ولا يفرّق فيها بين القليل والكثير عملاً بالإطلاق؟ ولعلّ هذا هو الظاهر.

---

(١) إيضاح الفوائد: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ١٤٩.
(٢) كما في جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٤، وإيضاح الفوائد: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ١٤٩.
(٣ و ١٠) المهذّب البارع: في الضوالّ ج ٤ ص ٣٠٢ و ٣٠١، المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٣.
(٤) وسائل الشيعة: ب ١٣ من أبواب اللقطة ح ٦ ج ١٧ ص ٣٦٥.
(٥) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٦٠.
(٦) المهذّب البارع: في الضوالّ ج ٤ ص ٣٠١.
(٧) المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٣.
(٨) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٥٠٠.
(٩ و ١١) الروضة البهية: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٨٩.

ويجوز التقاط الكلاب المملوكة، ويلزم تعريفها سنةً ثمّ ينتفع بها إن شاء، ويضمن القيمة السوقية.

[حكم التقاط الكلاب الضالّة المملوكة]

قوله: ﴿يجوز التقاط الكلاب المملوكة، ويلزم تعريفها سنةً ثمّ ينتفع بها إن شاء، ويضمن القيمة السوقيّة﴾ كما في «المسالك[1]» ونحوه ما في «الشرائع[2]» لكنّه اقتصر على ذكر كلب الصيد. ومثله ما في «المبسوط» لكنّه لم يصرّح فيه بالجواز، قال: إذا وجد رجل كلباً فإنّه يعرّفه سنة، فإن لم يجئ صاحبه بعد السنة فله أن يصطاد به، فإن تلف في يده ضمنه، لأنّ كلب الصيد له قيمة[3]، انتهى. ولعلّه لأنّه مال مملوك، ومن ثمّ جاز بيعه ولزم قاتله قيمته أو ديته. وهذا جارٍ في باقي الكلاب الّتي لها قيمة. ولعلّهما إنّما خصّاه بالذكر لأنّ الأصحاب[4] اتّفقوا على جواز بيعه الدالّ على كونه مالاً واختلفوا في غيره. ومنع من التقاطها في «التذكرة[5] والتحرير[6]» لأنّه ممتنع بنفسه. واحتمل في

---

(١) مسالك الأفهام: في الملتقط من الحيوان ج ١٢ ص ٥٠٠.

(٢) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٩٠.

(٣) المبسوط: في تعريف اللقطة وكيفيّتها ... ج ٣ ص ٣٢٤.

(٤) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في ما يكتسب به ج ٢ ص ١١ـ١٢، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في ما يكتسب به ج ٣ ص ١٣٥، والشهيد في الدروس الشرعية: في المكاسب في ما حرم لعدم المنفعة ج ٣ ص ١٦٨.

(٥) تذكرة الفقهاء: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ٢٦٦ س ٣٥.

(٦) ظاهر ما في التحرير في المقام متهافت، ففي موضع منه قال بجواز التقاط الكلاب المملوكة قال: الثامن يجوز التقاط الكلب المنتفع به، ويلزمه التعريف سنة فإن لم يجد صاحبه انتفع به إن شاء مع الضمان وإن شاء احتفظه أمانة من غير ضمان، انتهى. وفي موضع آخر قبل ذلك في الفرع الخامس في مسألة صغار السباع كالضباء والصيود والكلاب والفهود إذا ملكت ثمّ ضلّت قال: فلا يجوز أخذها لمشاركتها ما يمتنع لكبر جثّته كالابل في الامتناع، انتهى. ولاشكّ أنّ مفاد هذا الكلام ـ وهو التصريح بتعليل الامتناع بنفسه لعدم جواز الالتقاط ـ يشمل الكبير والصغير فلا يوافق كلامه الّذي ذكرناه فلاتغفل، وراجع التحرير: ج ٤ ص ٤٦٠ و٤٥٨.

ويستحبّ الإشهاد على أخذ الضالّة.

ولو التقط الصبيّ أو المجنون الضالّة انتزعها الوليّ وعرّفها سنة، فإن لم يأت المالك تخيّر مع الغبطة في إبقائها أمانةً وتمليكه مع التضمين.

«الدروس[1]» التفصيل بين خوف ضياعه على مالكه وعدمه فأجازه في الأوّل ومنعه في الثاني. ولم يصرّحوا بأنّه يملكه لكنّه قضيّة كلامهم.

وقد جزم المصنّف هنا بالتعريف ولم يستشكل في الضمان، وهو خلاف ما تقدّم[2] له في الشاة ونحوها إذا وجدها في الفلاة، فتأمّل.

قوله: ﴿ويستحبّ الإشهاد على أخذ الضالّة﴾ قد تقدّم الكلام[3] في مثله ويأتي[4] فيما هو من شكله.

[حكم التقاط الصبيّ أو المجنون الضالّة]

قوله: ﴿ولو التقط الصبيّ أو المجنون الضالّة انتزعها الوليّ وعرّفها سنة، فإن لم يأت المالك تخيّر مع الغبطة في إبقائها أمانةً وتمليكه مع التضمين﴾ قد تقدّم[5] الكلام في جواز التقاط الصبيّ في أوّل الفصل الثاني مسبغاً. وأمّا أنّ الوليّ هو الّذي يعرّفها وينتزعها فقد صرّح به في «التذكرة[6] والتحرير[7]

(١) الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٥.

(٢) تقدّم في ص ٦٥٠ ـ ٦٥١.

(٣) تقدّم في ص ٥٠٣ ـ ٥٠٤.

(٤) سيأتي في ص ٧٠٨.

(٥) تقدّم في ص ٦٢٢ ـ ٦٢٥.

(٦) تذكرة الفقهاء: في ملتقط الضالّة ج ٢ ص ٢٦٩ س ٥.

(٧) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٠.

وجامع المقاصد[١] والمسالك[٢]» وهو قضيّة إطلاق «الدروس[٣]» في آخر الباب. وبذلك صرّح في «المبسوط» وغيره في لقطة الأموال كما يأتي[٤]. والوجه فيه ظاهر، لأنّهما لا يؤمنان على عدم إتلافه وأنّه يجب عليه حفظها كما يجب عليه حفظ مالهما، لأنّه يجب عليه حفظ ما يتعلّق بهما من المال وحقوقه وهذا من حقوقه.

وأمّا ما ذكره المصنّف من أنّه يتخيّر مع الغبطة بين الأمرين فلم يوافقه عليه أحد فيما أجد. والّذي في «المبسوط» كما تقدّم[٥]، و«التحرير[٦] والتذكرة[٧] والشرائع[٨] والمسالك[٩]» في المقام أنّه إن كانت الغبطة في تمليكه وتضمينه إيّاها فعل وإلّا أبقاها أمانة. وهو الّذي صرّح به الجماعة[١٠] في لقطة الأموال إلّا أن تقول: إنّ مراد المصنّف أنّه إذا كانت الغبطة فيهما معاً تخيّر، فتدبّر.

وحيث يختار التمليك لا يعتبر فيهما الاحتياج إلى الاقتراض، بل هو منزّل منزلته فيجوز وإن كانا غنيّين بناءً على أنّه اكتساب، لكنّه قال في «المبسوط»: إن كان المولّى عليه من أهل مَن يستقرض له فإنّه يستقرض له (يستقرضه له ـ خ ل) على أنّه إن جاء صاحبها ضمنها بالمثل أو القيمة، وإن لم يكن من أهل مَن يستقرض له حفظها وتكون في يد الوليّ أمانة[١١].

---

(١) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٥.

(٢ و ٩) مسالك الأفهام: في شروط ملتقط الحيوان ج ١٢ ص ٥٠٢.

(٣) الدروس الشرعية: في أحكام اللقطة ج ٣ ص ٩٢.

(٤) سيأتي في ص ٧٢٠.

(٥) تقدّم في ص ٦٢٥.

(٦) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٦٠.

(٧) تذكرة الفقهاء: في ملتقط الضالّة ج ٢ ص ٢٦٩ س ٦.

(٨) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٩٠.

(١٠) منهم العلّامة في تذكرة الفقهاء: في التقاط الطفل والمجنون ج ٢ ص ٢٥٥ س ٢٠ و٢٧، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في شروط ملتقط المال ج ١٢ ص ٥٣٦.

(١١) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٤ ـ ٣٢٥.

وإذا لم يجد الآخذ سلطاناً يُنفِق أنفق

وكيف كان، فلم يتقدّم للمصنّف في الكتاب تصريح بوجوب تعريف ضالّة وأنّ له تملّكها بعد التعريف إلّا الكلاب إلّا أن تقول: إنّه لم يصرّح أيضاً بتملّكها، فتأمّل.

[في انّ نفقة الضالّة على آخذها]

قوله: ﴿وإذا لم يجد الآخذ سلطاناً يُنفِق أنفق﴾ لاريب في وجوب الإنفاق عليه إذا لم يجد سلطاناً كما في «جامع المقاصد[1]» لوجوب الحفظ ولا يتمّ إلّا به. وبه طفحت عباراتهم[2] من دون تأمّل ولا خلاف، كما طفحت عباراتهم بأنّ السلطان إذا وجد ورفع أمره إليه أنفق عليه من بيت المال، صرّح بذلك في «المقنعة[3] والنهاية[4] والسرائر[5] والنافع[6] والتحرير[7] واللمعة[8] والمهذّب البارع[9] والمقتصر[10] والروضة[11] والمسالك[12]» وغيرها[13]. وفيه ما تقدّم[14] من أنّه لا ينفق على مال

---

(١) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٥.

(٢) كما في تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٦٠ ـ ٤٦١، وشرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٩٠، ورياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٨.

(٣) المقنعة: في اللقطة في جعل الآبق ص ٦٤٩.

(٤) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٤.

(٥) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١١٠.

(٦) المختصر النافع: في الضوالّ ص ٢٥٣.

(٧) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٦٠.

(٨) اللمعة الدمشقية: في لقطة الحيوان ص ٢٣٧ و ٢٣٩.

(٩) المهذّب البارع: في اللقطة ج ٤ ص ٣٠٣.

(١٠) المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٣.

(١١) الروضة البهية: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٩٠.

(١٢) مسالك الأفهام: في شروط ملتقط الحيوان ج ١٢ ص ٥٠٤.

(١٣) كرياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٨.

(١٤) تقدّم في ص ٦٧٤.

ورجع على إشكال.

الغير من بيت المال، بل يستقرض عليه أو يباع فيه. وأطلق في «الشرائع [١] والتحرير [٢] والإرشاد [٣]» وغيرها كالكتاب.

وفي «جامع المقاصد» إذا لم يجد سلطاناً ليسلّم اللقطة إليه أو يستأذنه في الإنفاق [٤] وهذا أشبه، لأنّه إذا سلّمها إليه فعل ما يراه الحظّ من بيعها وتعريف ثمنها أو يرسلها في الحمى كما في «التذكرة [٥]» ولم يذكر بيت المال.

قوله: ﴿ورجع على إشكال﴾ الرجوع خيرة «المقنعة [٦] والنهاية [٧] والشرائع [٨] والنافع [٩] وكشف الرموز [١٠] والتذكرة [١١] والإرشاد [١٢] والتبصرة [١٣] والمختلف [١٤] والإيضاح [١٥] واللمعة [١٦] والمقتصر [١٧] وجامع المقاصد [١٨] والمسالك [١٩] والروضة [٢٠]

(١ و٨) شرائع الإسلام: في الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٩٠.
(٢) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٦٠.
(٣ و١٢) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٢.
(٤ و١٨) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٥.
(٥ و١١) تذكرة الفقهاء: في ملتقط الضالّة ج ٢ ص ٢٦٩ س ٢٨ ـ ٣٠.
(٦) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٩.
(٧) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٤.
(٩) المختصر النافع: في الضوالّ ص ٢٥٣.
(١٠) كشف الرموز: في الضوالّ ص ٤٠٩.
(١٣) تبصرة المتعلّمين: في اللقطة ص ١٠٧.
(١٤) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٩٩.
(١٥) إيضاح الفوائد: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ١٥٠.
(١٦) اللمعة الدمشقية: في لقطة الحيوان ص ٢٣٧.
(١٧) المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٤.
(١٩) مسالك الأفهام: في أحكام الحيوان الملتقط ج ١٢ ص ٥٠٤.
(٢٠) الروضة البهيّة: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٩٠.

والكفاية[١]» وقد نسبه إلى الشيخين وسلّار وأتباعهم في «كشف الرموز[٢]». قلت: لا تعرّض له في المراسم والوسيلة. وفي «المسالك[٣] والكفاية[٤]» أنّه الأشهر. وفي «جامع المقاصد[٥] والرياض[٦]» أنّه قول الأكثر، بل في الأخير لعلّ عليه عامّة مَن تأخّر. قلت: لا ترجيح في «التحرير[٧] والدروس[٨] والتنقيح[٩] والمفاتيح[١٠]».

والوجه في الرجوع أنّ إيجابه شرعاً يقتضي حصول الإذن من الشارع، وهو يقضي بالرجوع إذا لم يتبرّع، ولأداء عدمه إلى الإضرار بالالتقاط، لأنّه إن أنفق ولم يرجع كان الإضرار بالملتقط، وهو يؤدّي إلى التباعد عن أخذ اللقطة وإذهابها على مالكها، وهو إضرار باللقطة أو بمالكها.

والمخالف صاحب «السرائر» قال: والّذي ينبغي تحصيله في ذلك أنّه إن كان انتفع بذلك قبل التعريف والحول وجب عليه اُجرة ذلك، وإن كان انتفع بلبنه وجب عليه ردّ مثله، والّذي أنفقه عليه يذهب ضياعاً، لأنّه بغير إذن من صاحبه. والأصل براءة الذمّة، وإن كان بعد التعريف والحول لا يجب عليه شيء، لأنّه ماله[١١].

هذا ولا يشترط الإشهاد كما في «المختلف[١٢] وجامع المقاصد[١٣] والروضة[١٤]»

(١ و٤) كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٩.
(٢) كشف الرموز: في الضوالّ ج ٢ ص ٤٠٩.
(٣) مسالك الأفهام: في أحكام الحيوان الملتقط ج ١٢ ص ٥٠٤.
(٥ و١٣) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٥.
(٦) رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٨.
(٧) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٦٠ ـ ٤٦١.
(٨) الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٣.
(٩) التنقيح الرائع: في الضوالّ ج ٤ ص ١١٤.
(١٠) مفاتيح الشرائع: في حكم ما يوجد من الحيوان في العمران ج ٣ ص ١٨٣.
(١١) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١١٠.
(١٢) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٩٩.
(١٤) الروضة البهية: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٩١.

ويتقاصّ مع المالك لو انتفع بالظهر وشبهه.

وقرّب اشتراطه في «التذكرة[١]» وقد تقدّم[٢] الكلام في مثله مراراً.

وقال فخرالإسلام في ضابط ذكره: إنّه إن أوجب الشارع النفقة أو أمره المالك أو الحاكم فشرط رجوعه عدم قصد التبرّع[٣]. ويكفي فيه البناء على الأصل، وإن لم توجد هذه الثلاثة ولا واحد منها وجازت النفقة شرعاً ولم تكن من إذن المالك أو الحاكم فلابدّ فيه من قصد نيّة الرجوع، وإلّا فلا رجوع له.

وليعلم أنّ ذلك كلّه في صورة جواز الأخذ كما هو صريح جماعة[٤] كثيرين وظاهر آخرين[٥]. نعم في «المسالك[٦]» إذا وجب إبقاء الضالّة ... إلى آخره، فتأمّل. ثمّ إنّ هذا يتمّ في ما إذا خاف التلف وفي الحمير والكلاب إذا لم نلحقها بالبعير، وقد يكون أراد صغار الحمير والبقر لكن حكم هذه عنده حكم الشاة، فتأمّل.

[في مقاصّة آخذ الضالّة إذا انتفع بها]

قوله: ﴿ويتقاصّ مع المالك لو انتفع بالظهر وشبهه﴾ كما في

---

(١) تذكرة الفقهاء: في ملتقط الضالّة ج ٢ ص ٢٧٣ س ٣٩.

(٢) تقدّم في الوديعة ص ٣٣٠ ـ ٣٣٤ وفي اللقطة ص ٥٠٣ ـ ٥٠٤ وفي غير ذلك من المواضع.

(٣) إيضاح الفوائد: في لقطة الحيوان ج ٢ ص ١٥٠.

(٤) منهم الشهيد الثاني في الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ٨٩، وأبوالعباس في المهذّب البارع: في الضوالّ ج ٤ ص ٣٠٣، والعلّامة في التذكرة: في ملتقط الضالّة ج ٢ ص ٢٦٨ س ١٠، والسبزواري في كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٧.

(٥) منهم المحقّق في المختصر النافع: في الضوالّ ص ٢٥٣، والسيّدعليّ في رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٨، والتنقيح الرائع: في الضوالّ ج ٤ ص ١١٤.

(٦) مسالك الأفهام: في أحكام الحيوان الملتقط ج ١٢ ص ٥٠٤.

«الشرائع[١] والنافع[٢] وكشف الرموز[٣] والتذكرة[٤] والتحرير[٥] والإرشاد[٦] والمختلف[٧] والتبصرة[٨] واللمعة[٩] والمهذّب البارع[١٠] والمقتصر[١١] والتنقيح[١٢] وجامع المقاصد[١٣] والمسالك[١٤] والروضة[١٥] والكفاية[١٦] والمفاتيح[١٧]» لأنّ لكلّ منهما حقّاً عند الآخر فيتقاصّان كسائر الحقوق. وقال في «النهاية»: وإن كان ما أنفق عليه قد انتفع بشيء من جهته إمّا بخدمته أو ركوبه أو لبنه كان ذلك بإزاء ما أنفق عليه ولم يكن له الرجوع على صاحبه[١٨]. وقد سمعت[١٩] ما في «السرائر» من أنّهُ لا عوض له على الإنفاق. ولا ترجيح في «الدروس[٢٠]».

وقد قيل في «المهذّب البارع[٢١]» وغيره[٢٢] في توجيه كلام الشيخ: إنّه لعلّه حمله على الرهن، لأنّه يختار ذلك في باب الرهن. والتعويل في ذلك على رواية

---

(١) شرائع الإسلام: في أحكام الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٩٠.
(٢) المختصر النافع: في الضوالّ ص ٢٥٣.
(٣) كشف الرموز: في اللقطة ج ٢ ص ٤٠٩.
(٤) تذكرة الفقهاء: في ملتقط الضالّة ج ٢ ص ٢٦٩ س ٣٢.
(٥) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٦١.
(٦) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٢.
(٧) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٩٩.
(٨) تبصرة المتعلّمين: في اللقطة ص ١٠٧.
(٩) اللمعة الدمشقية: في لقطة الحيوان ص ٢٣٩.
(١٠) المهذّب البارع: في الضوالّ ج ٤ ص ٣٠٥.
(١١) المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٤.
(١٢) التنقيح الرائع: في الضوالّ ج ٤ ص ١١٥.
(١٣) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٦.
(١٤) مسالك الأفهام: في أحكام الحيوان الملتقط ج ١٢ ص ٥٠٥.
(١٥) الروضة البهية: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٩١.
(١٦) كفاية الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٢ ص ٥٢٩.
(١٧) مفاتيح الشرائع: في حكم ما يوجد من الحيوان في العمران ج ٣ ص ١٨٣.
(١٨) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٤.
(١٩) تقدّم في ص ٦٨٩.
(٢٠) الدروس الشرعية: في لقطة الحيوان ج ٣ ص ٨٣.
(٢١) المهذّب البارع: في الضوالّ ج ٤ ص ٣٠٥.
(٢٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٤٤.

السكوني[1]: «الظهر يركب إذا كان مرهوناً وعلى الّذي يركب النفقة والدرّ يشرب ... الحديث». وضعّفوه[2] بمنع الحكم في الأصل وأنّه قياس، على أنّه قد اشترط في الرواية الرهنية وبضعف السند وقصور الدلالة لجواز إرادة التقاصّ ويكون الخبر ورد للإذن بالانتفاع بالظهر واللبن.

قلت: قد تقدّم[3] لنا أنّ الشيخ في الرهن ومَن وافقه كالحلبي وابن حمزة وابن سعيد قد استدلّوا بقول الصادق عليه السلام في صحيحة أبي ولّاد[4]: «إن كان يعلفه فله أن يركبه» وفيما نحن فيه بقول الصادق عليه السلام في صحيحة ابن محبوب[5]: «ولكن استخدمها بما أنفقته عليها» لكن ذلك يخالف القواعد المقرّرة، على أنّ لك أن تقول: إنّ صحيحة ابن محبوب غير صريحة أيضاً في عدم المقاصّة، بل إنّما تدلّ على جواز الاستخدام بالإنفاق فتحتمل مع ذلك أنّه يرجع بالزيادة ويردّ مع النقيصة.

هذا والّذي يظهر منهم أنّه يجوز له ذلك الانتفاع مع التقاصّ من غير إذن الحاكم، وهو ظاهر صحيحة ابن محبوب كما في «مجمع البرهان[6]». وقال في «الروضة»: ظاهر الفتوى جواز الانتفاع لأجل الإنفاق سواء قاصّ أم جعله عوضاً[7]. ونفى الخلاف عن ذلك في «الرياض[8]» مستنداً إلى ما في الروضة. قلت: قد قلنا[9] في الرهن: إنّ رهنه مع عدم الإنفاق قرينة الإذن فيه وفي التصرّف، بل قد يفسد الرهن من دون ركوب أو حلب، ومنه يُفهم الحال في المقام، فتأمّل.

والمراد بالمقاصّة هنا أن ينظر في قيمة ما انتفع به وقدر ما أنفق، فإن تساويا

(١ و ٤) وسائل الشيعة: ب ١٢ من أبواب الرهن ح ١ و ٢ ج ١٣ ص ١٣٤.

(٢) منهم الفاضل المقداد في التنقيح الرائع: في الضوالّ ج ٤ ص ١١٥، وأبو العباس في المهذّب البارع: في الضوالّ ج ٤ ص ٣٠٥، والسيّد عليّ في رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٨ ـ ٣٩٩.

(٣) تقدّم في باب الرهن ج ١٥ ص ٥٦٠ ـ ٥٦١.

(٥) وسائل الشيعة: ب ٢٢ من أبواب اللقطة ح ٤ ج ١٧ ص ٣٧٢.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٤٤.

(٧) الروضة البهية: في لقطة الحيوان ج ٧ ص ٩١.

(٨) رياض المسائل: في الضوالّ ج ١٢ ص ٣٩٨.

(٩) تقدّم في الرهن ج ١٥ ص ٥٦١ ـ ٥٦٢.

والضالّة أمانة مدّة حول التعريف، فإن قصد بعده التملّك ملك وضمن، وإلّا فلا إلّا مع التفريط.

ولو قصد التملّك ثمّ نوى الحفظ أو قصد الحفظ ثمّ نوى التملّك ضمن بقصد التملّك فيهما.

تهاترا، وإن تفاوتا رجع صاحب الفضل، ومن البعيد إرادة المقاصّة المشروطة بالشرائط المعلومة إذا حصلت.

[في أنّ الضالّة أمانة حول التعريف]

قوله: ﴿والضالّة أمانة مدّة حول التعريف، فإن قصد بعده التملّك ملك وضمن، وإلّا فلا إلّا مع التفريط. ولو قصد التملّك ثمّ نوى الحفظ أو قصد الحفظ ثمّ نوى التملّك ضمن بقصد التملّك فيهما﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «الشرائع[1] والمسالك[2]» وكذا «التحرير[3]». ولا ريب أنّ اللقطة أمانة في يد الملتقط ما لم ينو التملّك أو يتعدّ أو يفرّط، فإن نوى الاحتفاظ دائماً فهي أمانة كذلك. ولو أخذها بنيّة التعريف حولاً والتملّك من بعده فهي في الحول أمانة غير مضمونة، وقد عرفت في أوّل باب الوديعة[4] أنّ اللقطة أمانة شرعيّة لانطباق تعريفها عليها لكنّ الحكم مختلف، ولهذا زاد أبو العبّاس في تعريفها ما أقرّه الشارع على إمساكها ليدخلها ويدخل الوديعة بعد موت المودع المشغول الذمّة بحجّة الإسلام.

وأمّا أنّه يملك ويضمن بعد التعريف المعتبر إذا نوى التملّك فلانتقالها إلى ملكه على وجه الضمان.

---

(١) شرائع الإسلام: في أحكام الملتقط من الحيوان ج ٣ ص ٢٩١.

(٢) مسالك الأفهام: في أحكام الحيوان الملتقط ج ١٢ ص ٥٠٦.

(٣) تحرير الأحكام: في الملتقط من الحيوان ج ٤ ص ٤٦١.

(٤) تقدّم في ص ١٩٢ في باب الوديعة.

وأمّا أنّه لا يضمن إذا قصد الاحتفاظ بعد الحول ولم يقصد التملّك لأنّه أمين محسن للمالك بحفظ ماله وحراسته فلا يتعلّق به ضمان وحاله لم تختلف قبل الحول ولا بعده ويجوز له دفعها إلى الحاكم ويجب عليه القبول بخلاف الوديعة.

وأمّا الضمان مع التفريط فظاهر. وأمّا أنّه يضمن لو قصد التملّك ثمّ نوى الحفظ فلأنّه لا يحلّ له أخذها بهذه النيّة، فإذا أخذها كذلك كان غاصباً ضامناً سواء تلفت بتفريطه أم لا، فإن دفعها إلى الحاكم فالأقرب زوال الضمان، ولو لم يدفعها إلى الحاكم بل عرّفها حولاً فالأقرب أيضاً أنّه يجوز له التملّك، لأنّ عمومات النصوص تتناوله، لأنّه قد أوجد سبب الملك وهو التعريف والالتقاط فيتملّكها بذلك، فكان كما لو دخل حائط غيره بغير إذنه فاصطاد منه صيداً فإنّه يملكه وإن كان دخوله محرّماً. ولو اعتبرت نيّة التعريف وقت الالتقاط لافترق الحال بين العدل والفاسق والصبيّ والسفيه، لأنّ الغالب على هؤلاء نيّة التملّك حين الالتقاط من دون تعريف. ويحتمل أنّه لا يمكن من التملّك، لأنّه أخذه على وجهٍ لا يجوز له فأشبه الغاصب، وقد نفى عنه البأس في «التذكرة[1]».

وأمّا أنّه يضمن لو نوى الحفظ ثمّ نوى التملّك فلما تقدّم في باب الوديعة[2] من أنّ سبب أمانته مجرّد نيّة التعريف وأنّه استيمان ضعيف، لأنّه لم يثبت من جهة المالك ولا ممّن يقوم مقامه، فيزول بأدنى سبب، وإحداث نيّة الأخذ من قصد الخيانة. وذلك بخلاف الوديعة فإنّ الاستيمان فيها من المالك، لكن ذلك لا يخلّ بتعريفه ولا بتملّكه بعد الحول.

ويبقى الكلام أيضاً في وجود هذه الضالّة الّتي يجب تعريفها وإبقاؤها مدّة الحول، وليس هي إلّا ما يخاف تلفه والحمير إن لم تلحق بالبعير أو صغار الإبل والبقر والحمير على تأمّل.

---

(١) تذكرة الفقهاء: في ضمان لقطة الأموال ج ٢ ص ٢٥٧ س ٢٠.

(٢) تقدّم في ص ١٩٢ ـ ١٩٧.

الفصل الثالث: في لقطة الأموال

وفيه مطلبان:

(الأوّل) في الأركان، وهي ثلاثة:

الأوّل: الالتقاط، وهو عبارة عن أخذ مالٍ ضائعٍ للتملّك بعد التعريف حولاً أو للحفظ على المالك.

[الفصل الثالث: في لقطة الأموال]

[في تعريف الالتقاط]

قوله: ﴿وفيه مطلبان، الأوّل: في الأركان، وهي ثلاثة، الأوّل: الالتقاط وهو عبارة عن أخذ مالٍ ضائعٍ للتملّك بعد التعريف حولاً أو للحفظ على المالك﴾ الأولى أن يقيّد المال بالصامت لئلّا ينتقض في طرده بالحيوان الضائع حتّى العبد فإنّه داخل في المال المطلق، كما أنّ الأولى أن يقيّد الضائع بما لا يد لأحدٍ عليه ليخرج الضائع الملقوط، لأنّه ضائع ما لم يصل إلى مالكه، إلّا أن تقول في الأوّل أنّ اللقطة صارت اصطلاحاً في غير الحيوان. ويمكن أن يجاب عن الثاني بنوعٍ من العناية بأن يقال: إنّ الضائع صار اصطلاحاً فيما لا يد لأحدٍ عليه. ومقتضى قوله «للتملّك بعد التعريف» أنّه لو أخذه للتملّك مطلقاً أنّه لا يكون لقطة، وكذلك لو أخذه ذاهلاً عن أحد الأمرين المذكورين في العبارة، مع أنّه لقطة فيهما كما مرّ[1] ويأتي[2]. وإذا عرّفه فيهما ملكه إلّا أن تقول اللام للعاقبة، فتأمّل. ولا ريب أنّ ضياع المال عن مالكه معتبر في اللقطة كما في «جامع المقاصد[3]».

---

(١) تقدّم في ص ٦٦١ ـ ٦٦٦.

(٢) سيأتي في ص ٧٣٢ ـ ٧٣٥.

(٣) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٦.

وهو مكروه وإن وثق من نفسه إن كان في غير الحرم، وفيه يحرم على رأي، ولا يحلّ تملّكه وإن عرّف طويلاً.

[حكم الالتقاط في الحرم]

قوله: ﴿وهو مكروه وإن وثق من نفسه إن كان في غير الحرم﴾ قد تقدّم الكلام فيه في الفصل الثاني [١] مسبغاً وبيّنا أنّ الكراهيّة تنتفي إذا خاف تلفها أو التقاط مَن يتلفها.

قوله: ﴿وفيه يحرم على رأي، ولا يحلّ تملّكه وإن عرّف طويلاً﴾ اختلف الأصحاب في لقطة الحرم، فالتحريم خيرة «النهاية» في موضعين [٢] وحجّ «الشرائع [٣] والتذكرة [٤] والتحرير [٥] والإرشاد [٦] والدروس [٧]» ولقطة «المختلف [٨] والتذكرة [٩]» في موضع منها و«الإيضاح [١٠] والمهذّب البارع [١١] وغاية المرام [١٢] وجامع المقاصد [١٣]

---

(١) تقدّم في ص ٦٢٢ ـ ٦٢٧.

(٢) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٠، وفي الحجّ ص ٢٨٤.

(٣) شرائع الإسلام: في الأحكام المتعلّقة بمنىً ج ١ ص ٢٧٧.

(٤) تذكرة الفقهاء: في توابع الحجّ والمزار ج ٨ ص ٤٤٢.

(٥) تحرير الأحكام: في زيارات الحجّ ج ٢ ص ١١٣.

(٦) إرشاد الأذهان: في الحجّ ج ١ ص ٣٣٩.

(٧) الدروس الشرعية: في حكم المجاورة بمكّة وآدابها ج ١ ص ٤٧٢.

(٨) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٨٠ و٨٢.

(٩) تذكرة الفقهاء: في المال الملقوط ج ٢ ص ٢٥٦ س ١.

(١٠) إيضاح الفوائد: في لقطة الأموال ج ٢ ص ١٥٠.

(١١) المهذّب البارع: في اللقطة ج ٤ ص ٣٠٨.

(١٢) غاية المرام: في اللقطة ج ٤ ص ١٥٥.

(١٣) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٧.

ومجمع البرهان[1] والرياض[2]» وهو المشهور كما في «المختلف[3] والإيضاح[4] والمقتصر[5] وجامع المقاصد[6] والمسالك[7] والمفاتيح[8] ومجمع البرهان[9]» وزاد في الأخير الإجماع عليه. وفي «الروضة[10]» نسبته إلى الأكثر.

وليعلم أنّ من الفتاوى المذكورة والشهرات ما صرّح فيه بعدم الفرق بين القليل والكثير، ومنها ما أطلق بحيث يشملهما ويشمل ما كان بنيّة الإنشاد والتملّك، لكن كلام «النهاية[11]» يعطي أنّ ما نقص عن درهم يجوز التقاطه والانتفاع به وإن كان في الحرم.

وفي «اللمعة[12]» أنّه يحرم التقاط ما كان في الحرم بنيّة التملّك. وظاهره أنّه لافرق فيه بين كونه قليلاً أو كثيراً، وجوّز التقاطه بنيّة الإنشاد. وظاهره جوازه وإن كان كثيراً. وهذا خيرة «الخلاف[13]» فيما وجدناه. وقد نسب إليه في «المسالك[14] والكفاية[15]» أنّه كرهها مطلقاً، والموجود فيه[16] وفي «المبسوط[17]» ادّعاء إجماع

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٥٢.

(٢) رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤٠١.

(٣) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٨٢.

(٤) إيضاح الفوائد: في لقطة الأموال ج ٢ ص ١٥٠.

(٥) المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٤.

(٦) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٧.

(٧ و١٤) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥١٥ و٥١١.

(٨) مفاتيح الشرائع: في ما يكره ويحرم من أخذ اللقيط ج ٣ ص ١٧٦.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٤٥ و٤٤٦.

(١٠) الروضة البهية: في لقطة الأموال ج ٧ ص ٩٦.

(١١) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٠.

(١٢) اللمعة الدمشقية: في لقطة المال ص ٢٣٩.

(١٣ و١٦) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٨٥ ـ ٥٨٦ مسألة ١٢.

(١٥) كفاية الأحكام: في لقطة الأموال ج ٢ ص ٥٣٠. (١٧) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٧.

الفرقة وأخبارهم على عدم الجواز إذا أخذها بنيّة التملّك، ونفى الخلاف ـ أي بين المسلمين ـ عن الجواز إذا أخذها ليعرّفها ويحفظها على صاحبها.

وظاهر «الغنية[1]» أنّه لا فرق بين لقطة الحرم وغيره إلّا أنّه لا يجوز تملّك لقطته ولا يلزمه ضمانها إن تصدّق بها، ثمّ قال: ويدلّ على ذلك كلّه الإجماع المشار إليه. وهذا هو الظاهر من «المقنعة[2]» ونحوه ما في «المراسم[3]» إلّا أن ظاهره أيضاً كما هو المحكي في «الإيضاح[4]» عن القاضي أنّ ما كانت قيمته أقلّ من درهم انتفع به من دون تعريف. وهذا أيضاً ظاهر «المبسوط[5] والخلاف[6]» في مقامٍ آخر فيهما، بل في الخلاف أنّ عليه إجماع الفرقة وأخبارهم. وأمّا قوله في «المقنعة» بعد كلامٍ طويل: لا بأس أن ينتفع الإنسان بما يجده ما لم تبلغ قيمته درهماً واحداً ولا يعرّفه[7] فاحتمال عوده إلى غير الحرم أظهر، لأنّه ذكر حكم لقطة الحرم ثمّ انتقل إلى لقطة غيره وفرّع ثمّ ذكر هذا الكلام.

وظاهر لقطة «السرائر[8] والشرائع[9] والنافع[10] وكشف الرموز[11]» وصريح «الدروس[12]» وكذا «الروضة[13]» أنّه إن كان دون الدرهم جاز أخذه والانتفاع به من

---

(١) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٣.

(٢ و ٧) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٦ و ٦٤٧.

(٣) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦.

(٤) إيضاح الفوائد: في لقطة الأموال ج ٢ ص ١٥٠.

(٥) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٤.

(٦) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٨٢ ـ ٥٨٣ مسألة ٧.

(٨) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠١.

(٩) شرائع الإسلام: في لقطة المال ج ٣ ص ٢٩١ ـ ٢٩٢.

(١٠) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٣.

(١١) كشف الرموز: في اللقطة ج ٢ ص ٤١٠.

(١٢) الدروس الشرعية: في لقطة الأموال ج ٣ ص ٨٦.

(١٣) الروضة البهية: في لقطة المال ج ٧ ص ٩٥.

دون كراهيّة، وإن كان أزيد من ذلك كان أخذه مكروهاً إذا كان مع نيّة الإنشاد. وقد حكى في «السرائر» كلام النهاية في الباب والحجّ وكلاهما بلفظٍ لا يجوز أخذه، ولم يناقشه فيه، بل فهم منه الكراهيّة والموافقة له، وإنّما ناقشه في باب اللقطة في حكمه بعدم ضمانه إذا تصدّق به، وقال: إنّ كلامه في باب الحجّ هو الحقّ اليقين، لأنّه حكم بالضمان إذا تصدّق به[١].

وقال في «المقنع[٢]»: وإن وجدت في الحرم لقطة فعرّفها سنة، فإن ظهر صاحبها وإلّا تصدّقت بها. ونحوه ما حكاه في «المختلف[٣]» عن والده في رسالته، وهذا يقضي بعدم الكراهيّة وأنّ لقطة الحرم يجب تعريفها مطلقاً، كما أنّ هذين هما الظاهران من المحكي عن أبي عليّ[٤]. وحكى «كاشف الرموز» عن الرسالة أنّه قال: إنّ الأفضل أن يترك لقطة الحرم[٥]. وفي «المقنع» أيضاً: إن وجدت ديناراً مطلّساً فهو لك لا تعرّفه[٦].

والكراهيّة خيرة «التبصرة[٧] والتذكرة[٨]» في موضع آخر منها و«المسالك[٩] والمفاتيح[١٠]» وكذا «الروضة[١١] والكفاية[١٢]» بمعنى أنّهم أطلقوا الكلمة. ولا ترجيح

(١) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠١ ـ ١٠٢.
(٢ و٦) المقنع: في اللقطة ص ٣٧٩ و٣٨٠.
(٣) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٨٢ ـ ٨٣.
(٤) حكاها عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٨٠ و٨١.
(٥) كشف الرموز: في اللقطة ج ٢ ص ٤١٠.
(٧) تبصرة المتعلّمين: في اللقطة ص ١٠٧.
(٨) تذكرة الفقهاء: في المال الملقوط ج ٢ ص ٢٥٦ س ٢.
(٩) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥١٥.
(١٠) مفاتيح الشرائع: في ما يكره ويحرم من أخذ اللقيط ج ٣ ص ١٧٦.
(١١) الروضة البهية: في لقطة المال ج ٧ ص ٩٣ و٩٥.
(١٢) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥.

في «التنقيح[١]» ولم يبيّن حالها في لقطة «الإرشاد[٢]» وحكي[٣] عن التقي القول بجواز تملّكها بعد التعريف، وهذا يقضي بعدم الحرمة، لكنّه قال في «التذكرة»: لا يجوز تملّكها عند أحد من علمائنا أجمع. وقال: على القولين ـ أي التحريم والكراهيّة ـ لا يجوز التقاطها للتملّك قطعاً عندنا بل ليعرّفها ويحفظها ويتصدّق بها بعد الحول عن صاحبها[٤]. وقال في «المختلف[٥]»: لا يجوز تملّك لقطة الحرم إجماعاً، بل يجب تعريفها ... إلى آخره. وهذه الإجماعات ظاهرة باعتبار السوق والمقام في أنّ معقدها غير ما دون الدرهم، فقوله في «المسالك»: لا يخفى فساد دعوى إجماع التذكرة، لأنّه والمصنّف وجماعة جوّزوا تملّك القليل[٦] لا يخفى فساده.

هذا تحرير كلام الأصحاب في المقام بعد فضل التتبّع والتأمّل، ولا تصغ إلى ما تراه على خلاف ذلك، فقد وقع لجماعة منهم خلل كثير في ذلك.

وقد تحصّل: أنّ القول بالتحريم على الإطلاق ليس هو المشهور، لأنّ خلافه خيرة «المقنع والمقنعة والنهاية» على ما فهمه صاحب «السرائر والخلاف والمبسوط والمراسم والوسيلة[٧] والغنية والسرائر ولقطة الشرائع والنافع وكشف الرموز والتبصرة والتذكرة» في موضع منها و«الدروس واللمعة والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح» وهو المحكي عن أبي عليّ وعليّ بن بابويه والتقيّ[٨]. وقد سمعت[٩] ما في

(١) التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١١٧ ـ ١١٨.

(٢) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٢.

(٣) حكاه عنه الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥١٥.

(٤) تذكرة الفقهاء: في المال الملقوط ج ٢ ص ٢٥٦ س ١ ـ ٣.

(٥) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٨٠.

(٦) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥١٥.

(٧) تقدّم ذكر هذه المصادر آنفاً إلّا الوسيلة: فإنّه ذكره في اللقطة والضالّة ص ٢٧٨، فراجع الوسيلة ص ٢٧٨.

(٨) أمّا الّذي عن عليّ بن بابويه وأبي عليّ فقد تقدّمت حكايتهما في الصفحة السابقه وأمّا الّذي عن التقى فقد حكاه في هذه الصفحة.

(٩) تقدّم نقله في ص ٦٩٧ ـ ٦٩٨.

«الخلاف والمبسوط» من نفي الخلاف في الجواز بين المسلمين إذا التقطه للإنشاد، وما في «الغنية» من دعوى الإجماع، ومن قوله في «السرائر[١]»: هو الحق اليقين. وتنزيل كلام المحرّمين المطلقين على ما إذا أخذه بنيّة التملّك خلاف ظاهر جماعة[٢] منهم وتصريح آخرين[٣]، على أنّ من القائلين بالتحريم مَن اشترط بعد ذلك العدالة منهم المصنّف في الكتاب كما يأتي[٤]، وهذا يقضي بالتخصيص، ويأتي التحقيق.

ثمّ إنّهم ـ أي القائلين بالتحريم ـ أطلقوا القول بأنّها أمانة من غير خلاف بينهم وأنّه مخيّر بين إبقائها أمانة وبين التصدّق بها عن مالكها، ولهم في ضمانها إذا تصدّق بها قولان، وأنت خبير بأنّه على القول بالتحريم ينبغي أن تكون مضمونة عليه لمكان عدوانه وإن أبقاها أمانة في يده، فقولهم وما فرّعوا عليه غير محرّر، ولهذا تردّد في «جامع المقاصد[٥]». ثمّ إنّه في «التذكرة[٦]» نفى العلم بالخلاف عن جواز أخذ لقطة الحرم للعبد، لأنّها أمانة، وقد حكاه عنه في «الدروس[٧]» مستنداً إليه، فإذا كانت جائزة للعبد بلا خلاف فبالأولى أن تجوز للحرّ إذا قصد مجرّد الحفظ، وليت شعري ما ذا يقولون فيما يخشى فساده؟ أيمنعون منه ويعطلون على الشارع غاية خلقه وعلى المالك الانتفاع بملكه؟

---

(١) تقدّم في ٦٩٧ ـ ٦٩٨.

(٢) منهم العلّامة في إرشاد الأذهان: في الحجّ ج ١ ص ٣٣٩، وأبو العباس في المهذّب البارع: في اللقطة ج ٤ ص ٣٠٨ ـ ٣٠٩، والشهيد في الدروس الشرعية: في حكم المجاورة بمكّة وآدابها ج ١ ص ٤٧٢.

(٣) منهم العلّامة في مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٨٠، والمحقّق في جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٠، والشهيد في اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٩.

(٤) سيأتي في ص ٧١٦.

(٥) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٨.

(٦) تذكرة الفقهاء: في التقاط العبد ج ٢ ص ٢٥٤ س ٢٣ ـ ٢٤.

(٧) الدروس الشرعية: في أحكام اللقطة ج ٣ ص ٩٣.

ونحن نقول: إن كان أخذها بنيّة التملّك ولو بعد التعريف فأخذه حرام، وإن كان أخذه بنيّة الإنشاد أو كان أخذ ما دون الدرهم ونوى التملّك فمكروه.

(أمّا) الأوّل: فلمكان إجماع «الخلاف[١] والمبسوط[٢] والغنية[٣] والتذكرة[٤] والمختلف[٥]». وقد استدلّ الشيخ[٦] والشافعي[٧] بقوله صلى الله عليه وآله: «لا تحلّ لقطتها ـ أي مكّة زادها الله شرفاً ـ إلّا لمنشد»[٨] يعني لمعرّف، وقوله صلى الله عليه وآله: «لا تحلّ ساقطتها إلّا لمنشد»[٩]. قالوا[١٠]: معناه لا تحلّ لقطتها إلّا لمعرّفها.

وقد يكون استند أصحابنا إلى حسنة الفضيل بن يسار لمكان إسماعيل بن مرار، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يجد اللقطة في الحرم، قال: لا يمسّها، وأمّا أنت فلابأس لأنّك تعرّفها[١١]. وخبر الفضيل بن يسار قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن لقطة الحرم، فقال: لا تمسّ أبداً حتّى يجيء صاحبها فيأخذها. قلت: فإن كان مالاً كثيراً؟ قال: فإن لم يأخذها إلّا مثلك فليعرّفها[١٢]. وعليه تنزّل رواية أبي بصير عن عليّ بن حمزة عن العبد الصالح موسى بن جعفر عليهما السلام قال: سألته عن رجل وجد ديناراً في الحرم فأخذه، قال: بئس ما صنع، ما كان ينبغي أن يأخذه. قال: قلت قد ابتلي بذلك؟ قال: يعرّفه، قلت: فإنّه قد عرّفه فلم يجد له باغياً، قال: يرجع به إلى بلده فيتصدّق به على أهل بيت من المسلمين، فإن جاء طالبه فهو له ضامن[١٣].

(١ ـ ٣) تقدّم في ص ٧٠٠ ـ ٧٠١. (٤ و٥) تقدّما في ٧٠٠.

(٦) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٨٦ مسألة ١٢.

(٧) راجع المجموع: ج ١٥ ص ٢٥٣، والمغني لابن قدامة: ج ٦ ص ٣٣٢ ـ ٣٣٣.

(٨ و٩) السنن الكبرى: في الحجّ ج ٥ ص ١٩٥.

(١٠) منهم العلّامة في تذكرة الفقهاء: في المال الملقوط ج ٢ ص ٢٥٦ س ٨، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥١٤، والصيمري في غاية المرام: في اللقطة ج ٤ ص ١٥٥، وابن قدامة في المغني: في اللقطة ج ٦ ص ٣٣٣.

(١١ و١٢) وسائل الشيعة: ب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف ح ٥ و٢ ج ٩ ص ٣٦٢ و٣٦١.

(١٣) وسائل الشيعة: ب ٢٨ من أبواب مقدّمات الطواف ح ٣ ج ٩ ص ٣٦١، ب ١ من أبواب اللقطة ح ٤ ج ١٧ ص ٣٤٨.

ومرسل إبراهيم بن أبي البلاد، قال الماضي ـ أعني العسكري عليه السلام ـ: لقطة الحرم لاتمسّ بيد ولا برجل[١].

وقد استدلّ القائلون بالتحريم مطلقاً بهذه الأخبار وبقوله جلّ شأنه: ﴿أولم يروا أنا جعلنا حرماً آمناً﴾[٢] ذكر ذلك في «المبسوط[٣] والإيضاح[٤]» وغيرهما[٥]. وضعّف في «المسالك» الجميع بما يرجع حاصله إلى منع دلالة الآية وضعف أسانيد الروايات مع تضمّن بعضها لفظة «لا ينبغي» الصريحة في الكراهيّة، وبعضها لفظة «فإن لم يأخذها إلّا مثلك فليعرّفها» الظاهرة في الكراهيّة، إذ لو كان محرّماً لساوى غيره، بل الظاهر منه أنّ أخذ الثقة غير مكروه أو أقلّ كراهيّة. وحال مطلق اللقطة كذلك، بل قد ورد فيها بمثل هذه العبارة ما هو أصحّ سنداً، منها «كان عليّ بن الحسين عليهما السلام يقول لأهله: لا تمسّوها»[٦] ومنها «لا تعرّض لها»[٧]. قال: ويؤيّد الحكم بالكراهيّة رواية يعقوب بن شعيب[٨] عن أبي عبدالله عليه السلام وقد سأله عن اللقطة ونحن يومئذٍ بمنى، فقال: أمّا بأرضنا هذه فلا تصلح[٩].

وقال شيخنا في «الرياض»: في جميع ما ذكره عدا الجواب عن الآية نظر، لانجبار قصور الأسانيد بالشهرة الظاهرة المحكيّة في كلام جماعة، واعتضاده بأصل حرمة التصرّف في ملك الغير إلّا برخصة من الشرع هي في المقام مفقودة[١٠].

قلت: قد عرفت[١١] حال الشهرة وأنّ الشهرة المعلومة والإجماعات المنقولة

(١ و٦ و٧) وسائل الشيعة: ب ١ من أبواب اللقطة ح ٣ و٢ و١ ج ١٧ ص ٣٤٧ ـ ٣٤٨.

(٢) العنكبوت: ٦٧. (٣) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٧.

(٤) إيضاح الفوائد: في لقطة المال ج ٢ ص ١٥٠.

(٥) كرياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤٠٢.

(٨) وسائل الشيعة: ب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف ح ١ ج ٩ ص ٣٦١.

(٩) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥١٣ ـ ٥١٤.

(١٠) رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤٠٣.

(١١) تقدّم في ص ٧٠٠ ـ ٧٠١.

على خلاف ذلك، والأصل مقطوع والرخصة موجودة بالإجماعات وإطلاقات الأخبار كقول الصادق عليه السلام في خبر اليماني: لقطة الحرم تعرّف سنة فإن وجد صاحبها وإلّا تصدّق بها[1]. وخبر الحسين بن كثير[2] عن أبيه، ونحوه خبر عليّ بن جعفر[3] وصحيحة الحلبي[4] والضعف في بعضها منجبر بالشهرة معتضد بالإجماعات.

وقال في «الرياض» في ردّ ما في المسالك: لفظة «لا ينبغي» وإن أشعرت بالكراهيّة إلّا أنّ «بئس ما صنع» أظهر دلالة على الحرمة منه على الكراهيّة، ودعواه الصراحة ممنوعة، كيف لا واستعماله في الحرمة والأعمّ شائع في الأخبار حتّى أنكر بعض الأصحاب إشعاره بالكراهيّة[5].

قلت: لاريب أنّ «لا ينبغي» ظاهر في الكراهية كما أنّ «بئس ما صنع» ظاهر في الحرمة، فظاهران تعارضا، وستعرف[6] الراجح.

وقال في «الرياض» في ردّه أيضاً: دلالة «إن لم يأخذها إلّا مثلك» على الكراهيّة غير نافعة للقائلين بالكراهيّة لعدم تفصيلهم في الحكم بين الفاسق والثقة، نعم ربّما يوجد هذا التفصيل في كلام بعض القائلين بالحرمة، فتكون ضارّة لهم لا نافعة[7].

قلت: قد عرفت[8] أنّهم يفهمون من النهي في هذه الأخبار إرادة الأخذ للتملّك لا لتعريفها لصاحبها.

وقال في «الرياض» في ردّ المسالك: وأمّا النصوص الصحيحة المتضمّنة لنحو ما في روايات المسألة من المنع عن أخذ مطلق اللقطة فهي ممّا تؤيّد القول بالحرمة، لإطلاقها بالمنع الشامل للقطة الحرم وغيره، ولا إجماع على تقييده بالثاني

(١) وسائل الشيعة: ب ٢٨ من أبواب مقدّمات الطواف ح ٤ ج ٩ ص ٣٦١.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ٢ ج ١٧ ص ٣٤٩ ـ ٣٥٠.

(٣) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ١٤ ج ١٧ ص ٣٥٢.

(٤) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٤٩.

(٥ و ٧) رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤٠٣ و ٤٠٤.

(٦) سيأتي في الصفحة الآتية إلى ص ٧٠٨.

(٨) تقدّم في ص ٧٠٢ ـ ٧٠٣.

وانصراف النهي فيها إلى الكراهيّة، لوقوع الخلاف فيه أيضاً حرمةً وكراهيةً كما يستفاد من «المختلف» حيث قال: الأشهر الكراهيّة بعد أن حكى المنع عن الصدوق والنهاية [1].

قلت: الإجماع على انصراف النهي فيها إلى الكراهية معلوم ومنقول في عدّة مواضع كما تقدّم في الفصل الثاني [2]، بل هو مستفاد زيادةً على ما تقدّم [3] من موضع آخر من «التذكرة» ومن «التنقيح». ثمّ إنّه في «المختلف [4]» لم يحك المنع عن النهاية تصريحاً ولا ظهوراً وإنّما قال: إنّ عبارتها تشعر بذلك. وحكى كلام الصدوقين برمّته، ونسب إلى الأوّل أولويّة الترك، ولم ينسب المنع إلى الثاني، ثمّ إنّه متى كان مثل ذلك يقدح عنده في الإجماع، بل التقييد يقضي به مرسل «الفقيه» المنجبر بالشهرة، وهو قوله عليه السلام: «أفضل ما يستعمله الإنسان في اللقطة إذا وجدها أن لا يأخذها ولا يتعرّض لها» [5] والإطلاق ينصرف إلى الغالب وهو لقطة غير الحرم لا إلى النادر، مضافاً إلى خبر الخاتم [6] الّذي في يده الّذي جاء به السيل، فلا ريب في تقييد تلك الصحاح.

ثمّ قال في «الرياض»: وعلى تقدير الإجماع على الكراهية فلا دلالة فيه على التقييد المتقدّم إليه الإشارة بعد احتمال كونه مقيّداً لها بصورة العكس ـ أي التحريم ـ وأنّها لقطة الحرم، قال: بل هذا أولى لتعدّد المجازيّة في الاحتمال الأوّل من التقييد

---

(١) الرياض: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤٠٤.

(٢) تقدّم في ص ٦١٧ ـ ٦١٩ و ٦٤٤ ـ ٦٥٤.

(٣) تقدّم في ص ٦٩٥ ـ ٦٩٧.

(٤) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٨٥.

(٥) من لا يحضره الفقيه: في اللقطة والضالّة ج ٣ ص ٢٩٧ ح ٤٠٦٤.

(٦) والخبر هو مارواه في وسائل الشيعة عن التهذيب عن زرارة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن اللقطة فأراني خاتماً في يده من فضّة، قال: إنّ هذا جاء به السيل وأنا اُريد أن أتصدّق به. فراجع الوسائل: ج ١٧ ص ٣٥٨ ح ٣. أقول: الخبر المزبور يمكن حمله على وجوب التصدّق بالخاتم المذكور في الخبر بعد عدم إمكان التعريف به لأنه جاء به السيل فلعلّه جاء به من فراسخ كثيرة الّتي يتعذّر به التعريف به عادةً فلا يكون قابلاً للحمل على الكراهة بعد إمكان هذا الحمل القريب بل المتبادر من الخبر إلى الذهن، فلا تغفل.

وصرف النهي فيها إلى الكراهيّة، ولا كذلك الثاني، فإنّ اللازم فيه إنّما هو الأوّل ويكون النهي فيه باقياً على الحرمة[١].

قلت: على صورة العكس ينبغي أن يقيّد أيضاً بصورة نيّة التملّك وعدم نيّة التعريف والحفظ للمالك. ثمّ ما الباعث لحمل هذه الإطلاقات على الفرد النادر جدّاً؟ فإن كان الباعث تعدّد المجاز فمحذوره ممّا يضمحلّ بالنسبة إلى الندرة والإجماعات والمرسل المنجبر، وإن كان الباعث أخبار المسألة فقد عرفت[٢] المراد منها، وعلى تقدير التسليم فلا يقوى ذلك على معارضة ذلك.

هذا وصرف النهي في هذه الصحاح إلى الكراهيّة لمكان الإجماع والأخبار لا يقضي بصرف أخبار المسألة إليها مع قيام الإجماع على الحرمة بقصد التملّك واستفادة ذلك من سوقها ومن أخبار العامّة. وأمّا خبر يعقوب بن شعيب بن ميثم التمّار الكوفي الّذي أيّد به صاحب «المسالك» الحكم بالكراهيّة في أخبار المسألة فهو هذا: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن اللقطة ونحن يومئذ بمنى، فقال: أمّا بأرضنا هذه فلا تصلح، وأمّا عندكم فإنّ صاحبها الّذي يجدها يعرّفها سنة في كلّ مجمع ثمّ هي كسبيل ماله[٣]. وهو محتمل وجوهاً: أحدها: أنّ المراد من قوله عليه السلام «لا تصلح» أنّه تحرّم، لأنّ الغالب قصد التملّك بعد التعريف. الثاني: أنّ المراد أنّه أشدّ كراهيّةً إن نوى التعريف والحفظ على المالك. الثالث: أنّ المراد أنّه لا فائدة فيه لملتقطه، لأنّه لا يملكه بعد التعريف، وأمّا عندكم فإنّه يملكه. وقد رواه في «الرياض[٤]» معوّلاً على المسالك أنّه سأله عن اللقطة بمنى فتوهّم صاحب الرياض أن قوله «بمنى» صلة «اللقطة» لا صلة «سأله» فقال: إنّها مشعرة بل ظاهرة في اختصاص الكراهيّة

(١ و٤) رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤٠٤ و٤٠٣ و٤٠٥.

(٢) تقدّم في ص ٦٩٨ ـ ٦٩٩.

(٣) وسائل الشيعة: ب ٢٨ من أبواب مقدّمات الطواف ح ١ ج ٩ ص ٣٦١.

وعدم الصلاحية بمنى ولا قائل به من الطائفة[١]. وأطال في ذلك في غير ما طائل. والمراد بقوله عليه السلام «بأرضنا هذه» أرض الحرم لا خصوص منى بقرينة قوله «وأمّا عندكم» فإنّ المراد به أرض الكوفة، لأنّ يعقوب بن شعيب هو ابن ميثم التمّار، وهو كوفي.

(وأمّا) الثاني ـ وهو أنّه مكروه إذا كان أخذه بنيّة الإنشاد ـ: فلنفي الخلاف فيه بين المسلمين في «الخلاف والمبسوط» مضافاً إلى ما قد يظهر من «الغنية» من دعوى الإجماع وكذا «السرائر» بما لعلّه يُفهم من قوله «الحقّ اليقين» وإلى ما في «التذكرة» من نفي العلم بالخلاف عن جوازها للعبد، لأنّها أمانة كما سمعت[٢]، ولما في حسنة الفضيل بن يسار من قوله عليه السلام: «وأمّا أنت فلا بأس، لأنّك تعرّفها»[٣] ولما في خبره: «فإن لم يأخذها إلّا مثلك فليعرّفها»[٤] وقوله صلى الله عليه وآله في العامّية: «لا تحلّ لقطتها إلّا لمنشد[٥] ولا تحلّ ساقطتها إلّا لمنشد»[٦] والضعف منجبر بالشهرة.

(وأمّا) الثالث ـ وهو كراهيّة أخذ ما دون الدرهم مع نيّة التملّك ـ: لأنّك قد عرفت[٧] أنّ الإجماعات المدّعاة على عدم جواز التملّك لا تتناوله وكذا الشهرات على تحريم الالتقاط إن تمّت، ولقول الصادق عليه السلام في المرسل: «فما كان دون الدرهم فلا يعرّف»[٨] وعمومه لأن كان لغوياً يشمل المأخوذ من الحرم وغيره، وقوله عليه السلام في المرسل الآخر: «وإن كانت اللقطة دون الدرهم فهي لك»[٩] والإرسال منجبر

(١) رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤٠٣.
(٢) تقدّمت في ص ٧٠١.
(٣ ـ ٦) تقدّما في ص ٧٠٢.
(٧) تقدّم في ص ٧٠٠ ـ ٧٠٤.
(٨) وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٥٤.
(٩) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ٢٩٧ والمصدر السابق: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ٩ ج ١٧ ص ٣٥١.

ويستحبّ الإشهاد،

بالشهرة كما عرفت[١]، بل قد يحمل على ذلك خبر الخاتم[٢] الّذي جاء به السيل.

ولا نظنّ أنّ أحداً يمنع من أخذ التمرة أو اللقمة أو نحو ذلك من الحرم، وقد تقدّم الكلام[٣] في أنّه يملك من غير تعريف. ويأتي[٤] أيضاً.

[في استحباب الإشهاد على أخذ اللقطة]

قوله: ﴿ويستحبّ الإشهاد﴾ إجماعاً كما في «الخلاف[٥]» وليس واجباً عند علمائنا كما في «التذكرة[٦]» وبه ـ أي الاستحباب ـ صرّح في «المبسوط[٧]» وأكثر ما تأخّر عنه[٨] للأصل وعدم ذكره في أخبار الخاصّة وخلوّ أكثر أخبار العامّة، وإنّما هو مأمور به في خبر[٩] واحد من أخبارهم، ولو كان واجباً لذكر كالتعريف في أخبارنا وأكثر أخبارهم الواردة في مقام الحاجة، وإلّا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، ولأنّه أخذه أمانة فلم يفتقر إلى الإشهاد كالوديعة. وأوجبه أبو حنيفة[١٠]

(١) تقدّم في الصفحة السابقة وص ٧٠٥ و٧٠٦.
(٢) تقدّم ذكره بتمامه في ص ٧٠٥ هامش ٦ فراجع.
(٣) تقدّم في ص ٧٠١ ـ ٧٠٢.
(٤) سيأتي في ص ٧٤٠ ـ ٧٤٥.
(٥) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٨١ مسألة ٤.
(٦) تذكرة الفقهاء: في تعريف الالتقاط ج ٢ ص ٢٥١ س ٣٧.
(٧) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٢.
(٨) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩٣، والشهيد في اللمعة الدمشقية: في لقطة المال ص ٢٣٩، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥٢٢.
(٩) سنن ابن ماجة: في اللقطة ج ٢ ص ٨٣٧ ح ٢٥٠٥، وسنن أبي داود: ج ٢ ص ١٣٦ ح ١٧٠٩.
(١٠) راجع المجموع: ج ١٥ ص ٢٥٥، وبداية المجتهد: ج ٢ ص ٢٥٠، والمغني لابن قدامة: ج ٦ ص ٣٣٤، والمبسوط: ج ١١ ص ١١ ـ ١٢.

فيعرّف الشهود بعض الأوصاف لتحصل فائدة الإشهاد.

والشافعي [1] في أحد قوليه.

ووجه الاستحباب أنّه به يصون نفسه عن الطمع ويحفظها عن ورثته لو مات وعن غرمائه لو أفلس. نعم يجب الإشهاد إذا حضرته الوفاة كما تقدّم [2] في الوديعة.

قوله: ﴿فيعرّف الشهود بعض الأوصاف لتحصل فائدة الإشهاد﴾ كما في «التذكرة [3] والتحرير [4] والدروس [5] واللمعة [6] وجامع المقاصد [7] والمسالك [8] والروضة [9]» قالوا: يعرّفهم بعض أوصافها كالعدة والوعاء والعفاص* والوكاء لا جميعها. قال في «التذكرة»: ينبغي له أن يشهد على جنسها وبعض صفاتها من غير استقصاء لئلّا يذيع خبرها فيدّعيها مَن لا يستحقّها فيأخذها إذا ذكر صفاتها إن اكتفينا بالصفة، أو يواطئ الشهود الّذين عرفوا صفاتها على التفصيل فيأخذها

---

* ـ العفاص ـ ككتاب ـ: الوعاء فيه النفقة جلداً أو خرقةً وغلاف القارورة والجلد يغطّى به رأسها. «قاموس [10]»

---

(١) راجع المجموع: ج ١٥ ص ٢٥٥، وبداية المجتهد: ج ٢ ص ٢٥٠، والمغني لابن قدامة: ج ٦ ص ٣٣٤، والمبسوط: ج ١١ ص ١١ ـ ١٢.

(٢) تقدّم في ص ٢٥٢ ـ ٢٥٩ و ٣٣٠ ـ ٣٣٤.

(٣) تذكرة الفقهاء: تعريف الالتقاط ج ٢ ص ٢٥١ ـ ٢٥٢ السطر الأخير والأوّل وما بعده.

(٤) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٥.

(٥) الدروس الشرعية: في أحكام اللقطة ج ٣ ص ٩٣.

(٦) اللمعة الدمشقية: في لقطة المال ص ٢٣٩.

(٧) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٧.

(٨) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥٢٢ ـ ٥٢٣.

(٩) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ١٠٧.

(١٠) القاموس المحيط: ج ٢ ص ٣٠٨ مادّة «العفص».

ولو علم الخيانة حرم الالتقاط،

بشهادتهم، أمّا إذا ذكر بعض صفاتها وأهمل الباقي انتفت هذه المخافة. ولا ينبغي الاقتصار في الإشهاد على الإطلاق بأن يقول عندي لقطة ولا على ذكر الجنس من غير ذكر وصف لئلّا يموت فيكتمها الوارث. قال: وللشافعي قولان: أحدهما أن يشهد على أصلها. قال: ويجوز أن يذكر جنسها، والثاني أن يشهد على صفاتها أيضاً لئلّا يأخذها الورثة [١]، انتهى. وهذان ذكرهما في «المسالك [٢]» لأصحابنا على الظاهر من كلامه. وقال: إنّ الأوّل أشهر، وهو غير صحيح، إذ ليس لأصحابنا غير ما ذكرناه.

[في حرمة التقاط مَن علم من نفسه الخيانة]

قوله: ﴿ولو علم الخيانة حرم الالتقاط﴾ كما في «التذكرة [٣] والدروس [٤] وجامع المقاصد [٥]» لأنّ الأخذ الّذي يكون وسيلةً إلى الحرام حرام. لكن عبارة التذكرة هكذا «إذا علم الخيانة من نفسه» ومعناه أنّه يعلم من نفسه في الحال أنّه خائن، لأنّه قال «وأمّا الأمين في الحال إذا علم أنّه لو أخذها لخان فيها وفسق، فالأقرب الكراهة الشديدة دون التحريم» وهذا بظاهره يخالف الكتاب، وكذا قوله في «التحرير» ولو علم الخيانة من نفسه فالأقرب شدّة الكراهيّة لا التحريم [٦]، إلّا أن يراد من العلم الظنّ، فتأمّل جيّداً. والمراد بالخيانة نيّة التملّك والتصرّف.

(١ و٣) تذكرة الفقهاء: في الالتقاط ج ٢ ص ٢٥١ السطر الأخير وس ٢٨ و٢٩.
(٢) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥٢٢ ـ ٥٢٣.
(٤) الدروس الشرعية: في أحكام اللقطة ج ٣ ص ٩٣.
(٥) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٧ ـ ١٤٨.
(٦) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٥.

ولو خاف ففي الجواز نظر.

ويحصل الالتقاط بالأخذ لا بالرؤية وإن اختصّت بغير الملتقط إذا أعلمه بها.

[حكم التقاط من خاف من نفسه الخيانة]

قوله: ﴿ولو خاف ففي الجواز نظر﴾ قال في «الإيضاح[1]»: الأصحّ التحريم. وفي «جامع المقاصد» أنّه أولى، لأنّ الخوف من الوقوع في المحرّم الموجب للنار يجب دفعه باجتناب ما يقتضيه، ولأنّ الأمانة لا تليق بمن لا يثق من نفسه[2]. وجزم بالكراهيّة في «الدروس[3]» وهو جيّد للأصل ـ أي أصل جواز الالتقاط وأصل براءة الذمّة ـ والمانع الّذي هو الخيانة غير معلوم. قال في «الدروس» وتتأكّد ـ أي الكراهيّة ـ في حقّ الفاسق[4]. وقد سمعت ما في «التذكرة والتحرير» ولعلّ المدار في الخلاف على أنّ خوف الخيانة هل هو من قبيل ما يتمسّك فيه بأصل البراءة حتّى يكون من قبيل مشتبه الموضوع أو ممّا لا نصّ فيه؟ أو من قبيل ما حكم فيه العقل بضرب القاعدة وإعطاء القانون وهو أنّ دفع الضرر المظنون واجب فلا يتمسّك فيه بأصل البراءة؟ ولعلّ نظر الشهيد إلى الأوّل ونظر الفخر والكركي إلى الثاني، وتأمّل المصنّف لمقام قيام الاحتمالين.

[في ان الالتقاط يكون بالأخذ لا بالرؤية]

قوله: ﴿ويحصل الالتقاط بالأخذ لا بالرؤية وإن اختصّت بغير الملتقط إذا أعلمه بها﴾ يريد أنّه لا يحصل الالتقاط بالرؤية وإن اختصّت بغير

---

(١) إيضاح الفوائد: في لقطة الأموال ج ٢ ص ١٥١.

(٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٨.

(٣ و ٤) الدروس الشرعية: في أحكام اللقطة ج ٣ ص ٩٣.

ولو قال: ناولنيها، فإن نوى الأخذ لنفسه فهي له، وإلّا فللآمر على إشكال.

الملتقط بأن كان هو الرائي فأعلم الآخر بها فالتقطها كما إذا كان أعمى، لأنّ الحكم منوط بالالتقاط وإن تسبّب عن رؤية الآخر وإعلامه كالاصطياد والاحتطاب كما في «التذكرة[١] وجامع المقاصد[٢]» وإليه أشار في «المبسوط[٣]» وقد تقدّم[٤] مثل ذلك في اللقيط.

وقال في «جامع المقاصد»: لا يخفى ما في العبارة من التعقيد فإنّ الاختصاص بالرؤية مع تجدّد رؤية الآخر غير مستقيم[٥]. قلت: هذا غير وارد لما مرّ من فرض كونه أعمى. قال: وكلمة «إذا» غير واقعة في الموقع[٦]. قلت: إذا فرضنا كونه أعمى كانت في موضعها. قال: وضمير «بها» ليس له مرجع معيّن في العبارة[٧]. قلت: هو كذلك لكنّه مستفاد منها، إذ الالتقاط يستفاد منه اللقطة.

[في أنّ الملتقط للآمر به أم للآخذ؟]

قوله: ﴿ولو قال: ناولنيها، فإن نوى الأخذ لنفسه فهي له، وإلّا فللآمر على إشكال﴾ ونحو ذلك ما يأتي له في باب الإجارة[٨] في عدم الترجيح في جواز الاستيجار للاحتطاب ونحوه من المباحات. قال في «التذكرة»: الحكم يبنى على جواز التوكيل في الاصطياد ونحوه، فإن سوّغنا التوكيل عمل بمقتضى

---

(١) تذكرة الفقهاء: في تملّك اللقطة ج ٢ ص ٢٦٣ س ٣٥.

(٢ و ٥ ـ ٧) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٨.

(٣) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٣ ـ ٣٢٤.

(٤) تقدّم في ص ٦٥٠ ـ ٦٥٤.

(٨) سيأتي في الإجارة ج ٧ ص ١٧٠ الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء التاسع عشر.

نيّة الآخذ، وإلّا كانت للآخذ خاصّة[١]. ونحوه ما في «الإيضاح[٢] وجامع المقاصد» وقال في الأخير: وذلك مبنيّ أيضاً على أنّ تملّك المباحات هل يشترط فيه مع الحيازة النيّة، وهي القصد إلى التملّك، أم يثبت بمجرّد حيازتها؟ وقال في باب الإجارة[٣]: إنّ هذا البناء لا يصحّ، وفي باب الوكالة أنّه غير واضح، لأنّه إنّما يتمّ إذا قلنا إنّ المباح يملك بالحيازة على وجه القهر كالإرث وإن نوى عدم التملّك، ولا دليل يدلّ على ذلك. وقد صرّحوا بأنّ مَن حفر بئراً في طريق لغرض الاستقاء منها مدّة إقامته عليها يكون أولى بها إلى أن يرتحل عنها، ثمّ هو وغيره سواء فيها[٤] فيتصوّر جواز الاستيجار والتوكيل وإن لم نقل بأنّه يشترط في تملّك المباحات النيّة. نعم نقول: يشترط عدم نيّة الضدّ، ومثل هذا ما قاله هنا إنّه لابدّ من أن لا يقصد بالأخذ عدم التملّك، فلو حوّل شجراً أو حجراً مثلاً مباحاً في الطريق من جانبٍ إلى جانبٍ آخر قاصداً بذلك تخليّة الطريق ونحو ذلك، فدخوله في ملكه بمجرّد هذا مستبعدٌ جدّاً. ومثله ما لو نحّى المال الضائع من جانبٍ إلى آخر فإنّه ينبغي أن لا يكون ملتقطاً وإن ضمن مال الغير لإثبات اليد عليه على إشكال في هذا[٥]، انتهى.

قلت: لابدّ في تملّك المباحات من النيّة لظهور دعوى الإجماع من جماعة[٦] على عدم تملّك الصائد (الصيّاد ـ خ ل) الدرّة الّتي في جوف السمكة مع الجهل بها، واستفاضة الأخبار بذلك حكاها فيما حكي[٧] في «الوسائل» عن الكافي وقصص

---

(١) تذكرة الفقهاء: في تملّك اللقطة ج ٢ ص ٢٦٣ س ٣٧.

(٢) إيضاح الفوائد: في لقطة الأموال ج ٢ ص ١٥١.

(٣ و ٤) جامع المقاصد: في الإجارة ج ٧ ص ١٥٦، وفي الوكالة ج ٨ ص ٢١٨.

(٥) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٩ ـ ١٥٠.

(٦) منهم أبوالعباس في المهذّب البارع: في اللقطة ج ٤ ص ٣١٢، والعلّامة في مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٩٥ ـ ٩٦، والسيّد عليّ في رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤٢٠.

(٧) حكاه عنه الطباطبائي في رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤٢٠. وراجع ←

الأنبياء والأمالي وتفسير مولانا العسكري عليه السلام، مؤيّداً ذلك بقوله عليه السلام: «لكل امرئٍ ما نوى»[١] ولا قائل بالفصل. وما في مقامين من «جامع المقاصد[٢]» من منع صدق الحيازة هنا ـ لأنّ المحوز هو السمكة وما في بطنها لا يعدّ محوزاً شرعاً ولا عرفاً ولا لغةً كما لو أخذ النائم الشيء فلابدّ من قصد الحيازة، وأمّا قصد التملّك فلا يشترط ـ ففي محلّ المنع، إذ الحوز الجمع وضمّ الشيء، وكلّ من ضمّ إلى نفسه شيئاً فقد حازه، قاله أهل اللغة[٣] فتأمّل، ويأتي تمام الكلام[٤].

وأمّا ما في «الإيضاح» من أنّ مجرّد الأخذ يوجب الالتقاط كما في الصبي والمجنون من غير اعتبار القصد[٥] فجوابه أنّ أخذ الصبيّ مع نيّة الوليّ مملّكة للمباحات مصحّحة للالتقاط، فكان أخذه له جزء سبب فيهما، وقد عرفت[٦] أنّ أخبار الباب خاصّة بالمكلّفين، لتضمّنها الأمر بالحفظ أو التصدّق أو التملّك، وشيء من ذلك لا يتوجّه إلى الصبيّ، فوجوب الالتقاط في كلام «الإيضاح» بمعنى ترتّب أحكامها عليه مشكل جدّاً بعد اقتضاء الأصل العدم، فالحكم بجواز التقاطه خارج بالإجماع أو أنّ التقاطه جزء سبب أو كالتحجير.

وقد عرفت[٧] أيضاً أنّ اللقطة في ابتدائها أمانة وولاية، لأنّ الشارع فوّض إليه حفظها وتعريفها، والاكتساب إنّما هو في انتهاء أمرها، وأمّا أخذ المباحات غيرها،

← وسائل الشيعة: ب ١٠ من أبواب اللقطة ج ١٧ ص ٣٥٩ ـ ٣٦٠.

(١) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٨١ ح ٣ وص ٣٨٠ ح ٢.

(٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٤٩، وفي الشركة ج ٨ ص ٥٠.

(٣) كما في القاموس المحيط: ج ٢ ص ١٧٣ مادّة «الحوز» والصحاح: ج ٣ ص ٨٧٥ مادّة «حوز».

(٤) سيأتي في ص ٨٢٧ ـ ٨٣٥.

(٥) إيضاح الفوائد: في لقطة الأموال ج ٢ ص ١٥١.

(٦) تقدّم في ص ٦٢٦.

(٧) تقدّم في ص ٦٢٧.

الثاني: الملتقط، وهو كلّ من له أهليّة الاكتساب (الكسب خ ل) وإن خرج عن التكليف أو كان عبداً أو كافراً أو فاسقاً

فهو اكتساب محض، فيمكن أن نقول: إنّه لابدّ في اللقطة الّتي يجب تعريفها من النيّة كما هو المعتمد عند علمائنا كما في «التذكرة[1]» وإن قلنا بعدم اشتراطها في تملّك المباحات، لأنّه لابدّ فيها من نيّة الأمانة في أوّل الأمر والحفظ للمالك، وبعد الحول يتخيّر بين البقاء على ذلك وبين التصدّق بها عن المالك وبين نيّة التملّك، وأمّا ما لا يجب تعريفها فهي كسائر المباحات فلم يكن الحكم في المسألة مبنيّاً على ما ذكروه، ويحصل من هذا أنّها لا تدخل في ملك الملتقط قهراً بعد التعريف بلا فصل كما عليه الأكثر[2]، لأنّه له أن يبقيها أمانة أو يتصدّق بها عنه.

وينبغي التنبيه على فرع آخر، وهو ما إذا رأى شيئاً مطروحاً على الأرض فدفعه برجله ليعرف جنسه أو قدره ثمّ لم يأخذه حتّى ضاع فالظاهر أنّه لا يصير بذلك لقطة ـ لكنّه يضمنه ـ لأنّه حرّك ساكناً فلزمه.

[في تعريف الملتقط وشرائطه]

قوله: ﴿الثاني: الملتقِط، وهو كلّ مَن له أهليّة الاكتساب (الكسب ـ خ ل) الكسب ـ وإن خرج عن التكليف أو كان عبداً أو كافراً أو فاسقاً﴾ قد استوفينا الكلام في ذلك كلّه في الفصل الثاني[3].

---

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام التقاط الأموال ج ٢ ص ٢٥٧ س ٤٢.

(٢) منهم الشهيد الثاني في الروضة البهية: في لقطة المال ج ٧ ص ١٢٥ ـ ١٢٦، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٠، والسيّد عليّ في رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤٠٦.

(٣) تقدّم في ص ٦٢٢ ـ ٦٣٣.

نعم يشترط في لقطة الحرم العدالة.

[في اشتراط العدالة لملتقط الحرم]

قوله: ﴿نعم، يشترط في لقطة الحرم العدالة﴾ قد صرّح في «الدروس[١]» بأنّ أربعة لا يجوز لهم أخذ لقطة الحرم: الصبيّ والمجنون والكافر والفاسق، لأنّها أمانة محضة. وعليه نصّ في «التذكرة[٢] والمسالك[٣]» غير أنّه في التذكرة لم يصرّح بالمجنون، وينبغي إضافة السفيه إليهم. ونصّ في «التحرير[٤]» على عدم الجواز للثلاثة الأُول وتردّد في الفاسق، وتردّد[٥] في «الشرائع» في الأربعة. ونصّوا هؤلاء جميعاً على جوازها للعبد. وسها في «جامع المقاصد[٦]» كما في نسختين منها (منه ـ ظ) فيما حكاه عن الدروس من عدم جوازها للعبد.

وبيان الحال أنّه لمّا لم يصحّ تملّك لقطة الحرم الّتي يجب تعريفها بحال ـ وقد سمعت الإجماعات الناطقة بذلك ـ كانت أمانة محضة، وكان أخذها مجرّد حفظ وولاية، وهؤلاء الأربعة ليسوا أهلاً لحفظ الأمانات، فإذا أخذها أحدهم لم يكن له ولاية ولا أولوية على حفظها، بل يجب على الحاكم أن ينتزعها ويحفظها بما يراه. وأمّا العدل فتقرّ في يده على قصد الحفظ، فيكون المصنّف في الكتب الثلاثة قائلاً بالحرمة لغير العدل، وهذا ممّا يوهن إطلاقهم كما نبّهنا عليه هناك، أو يكون أراد على بُعد أنّه يجوز للحاكم ائتمانه عليها وإبقاءه في يده، فيزول التحريم حينئذٍ إن

---

(١) الدروس الشرعية: في أحكام اللقطة ج ٣ ص ٩٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٢ س ١١ و٣٤ وص ٢٥٥ س ٢٠ وفيه التصريح بالمجنون أيضاً، فراجع.

(٣) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٤٦٥.

(٤) تحرير الأحكام: في الملتقط من المال ج ٤ ص ٤٤٨.

(٥) شرائع الإسلام: في الملتقط من المال ج ٣ ص ٢٩٤.

(٦) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٠.

ثمّ للعدل أن يحفظ اللقطة بنفسه أو يدفع إلى الحاكم،

قلنا ببقاء وصف العدالة، وإلّا فقد يقال[١]: إنّه لو أصرّ على إبقائها في يده خرج عن العدالة إن جعلنا معصية التقاطها صغيرة.

قوله: ﴿ثمّ للعدل أن يحفظ بنفسه أو يدفع إلى الحاكم﴾ كما في «التذكرة[٢] والإرشاد[٣] ومجمع البرهان[٤] والمفاتيح[٥]» وهو قضيّة كلام الباقين، لأنّ الحاكم وليّ الغائب ومنصوب للمصالح فيجب عليه القبول، لأنّه حفظ مال مَن هو وليّه ووكيله. وقد تقدّم[٦] أنّ الأكثر خيّروه في الشاة في الفلاة بين حفظها لمالكها ودفعها للحاكم وبين تملّكها، وخيّروه[٧] أيضاً فيما إذا التقط ما لا يبقى كالطعام بين تقويمه على نفسه ودفعه للحاكم، وخيّره جماعة[٨] فيما يحتاج بقاؤه إلى مؤنة بين علاجه بنفسه وبين دفعه إلى الحاكم، وآخرون[٩] عيّنوا عليه الرجوع إليه. وقد يلوح من سكوت الأكثر عن ذِكر التخيير المذكور هنا وذِكرهم له في المواضع الثلاثة أنّه ممّا لا يجيزونه، وليس كذلك.

(١) القائل هو الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في شروط ملتقط المال ج ١٢ ص ٥٣٧.

(٢) تذكرة الفقهاء: في التقاط الطفل والمجنون ... ج ٢ ص ٢٥٥ س ٢١.

(٣) إرشاد الأذهان: في اللقطة ج ١ ص ٤٤٢.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٤١.

(٥) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط في الملتقط ج ٣ ص ١٨٤.

(٦) تقدّم في ص ٦٥٠ ـ ٦٥٩.

(٧) منهم العلّامة في القواعد: في اللقطة ج ٢ ص ٢١١ والمحقّق في الشرائع: في الملتقط من المال ج ٣ ص ٢٩٢، والمحقّق الكركي في جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٦٥.

(٨) منهم الشهيد في الدروس: في اللقطة ج ٣ ص ٨٧، والعلّامة في التحرير: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٤.

(٩) كالعلّامة في القواعد: في اللقطة ج ٢ ص ٢١١، والمحقّق في الشرائع: في الملتقط من المال ج ٣ ص ٢٩٢، والشهيد الثاني في الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ١٠٣.

وغيره يتخيّر الحاكم بين انتزاعه منه وبين نصب رقيب إلى أن تمضي مدّة التعريف.

[حكم الملتقط غير العادل]

قوله: ﴿وغيره يتخيّر الحاكم بين انتزاعه منه وبين نصب رقيب إلى أن تمضي مدّة التعريف﴾ يريد بغير العدل الكافر والفاسق، وأمّا الصبيّ والمجنون فلاريب أنّه لا يقرّ في أيديهما. والمصنّف خيّر الحاكم بين الأمرين المذكورين، وظاهره أنّ ذلك على سبيل الوجوب، لعدم كونهما من أهل الأمانة على مال الغير.

وقال أبو عليّ[1]: كان لوليّ المسلمين إخراجها من يده إلى مَن يثق به عليها. ونصّ في «المبسوط[2]» على أنّها تقرّ في يده، ونقل قولين: أحدهما أنّها تنزع من يده، والآخر أنّها تترك، ثمّ قال: ومَن قال إنّها لا تنزع فإنّه يضمّ إليه آخر، وقد يظهر منه أنّه مختاره.

واختار في «المختلف[3]» إبقاؤها في يده. وفي «التذكرة[4]» أوجب مع علم الحاكم بخيانتهما ضمّ مشرف إليهما وإلّا استحبّ. ولعلّه خيرة «الدروس[5]» حيث قال: ولا يضمّ الحاكم إليه مشرفاً على الأقرب. واختاره في «جامع المقاصد[6]» عملاً بالأصل، والمراد به عموم الإذن في الالتقاط، وربّما كان للفاسق أمانة، والالتقاط في معنى الاكتساب لا استيمان محض فلا يعرض له الحاكم.

---

(١) نقله عنه في المختلف: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٣.

(٢) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٦.

(٣) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٣.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الملتقط ج ٢ ص ٢٥٢ س ٣١.

(٥) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٩٣.

(٦) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥١.

ثمّ إن اختار الفاسق أو الكافر التملّك دفعه الحاكم إليه، وإلّا فالخيار للملتقط حينئذٍ إن شاء أبقاه أمانةً في يد الحاكم أو غيره، وليس للحاكم مطالبة الفاسق بعد الحول بكفيل.

وربّما استدلّ[١] عليه بأنّهما يخلّى بينهما وبين الوديعة. وفيه: أنّ الإذن فيها من المالك وفي اللقطة من الشارع، وليس له استيمان غير العدل على مال الغير، ويأتي[٢] في الصبيّ ما يخالف ذلك فليلحظ.

ولا ترجيح في «المسالك[٣] والمفاتيح[٤]» ولم يتعرّض لذلك غير مَن ذكرنا فيما أجد. وظاهر الباقين أنّها تقرّ في أيديهما، لأنّهم إنّما ذكروا تأكّد كراهتها للفاسق.

قال في «التحرير[٥]»: لم أقف لعلمائنا على نصٍّ في انتزاع اللقطتين من يد الفاسق أو ضمّ حافظ إليه مدّة التعريف، وقد سمعت ما في «المبسوط» لكنّه ليس نصّاً وأقصاه الظهور، أو لم يظفر به. والمراد باللقطتين لقطة الحرم ولقطة غيره. وفي «جامع المقاصد[٦]» أنّهما لقطة الحيوان ولقطة الأموال وعبارته كادت تكون نصّاً فيما ذكرناه، والأمر سهل.

قوله: ﴿ثمّ إن اختار الفاسق أو الكافر التملّك دفعه الحاكم إليه، وإلّا فالخيار للملتقط إن شاء أبقاهأمانةً في يد الحاكم أو غيره، وليس للحاكم مطالبة الفاسق بعد الحول بكفيل﴾ الوجه في الجميع ظاهر.

---

(١) كما في المسالك: في شروط الملتقط ج ١٢ ص ٥٣٦.
(٢) يأتي في الصفحة الآتية.
(٣) مسالك الأفهام: في شروط الملتقط ج ١٢ ص ٥٣٦.
(٤) مفاتيح الشرائع: في ما يشترط في الملتقط ج ٣ ص ١٨٣.
(٥) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٦.
(٦) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥١.

أمّا الصبيّ والمجنون فللوليّ نزعه من يدهما

[حكم التقاط الصبيّ والمجنون]

قوله: ﴿أمّا الصبيّ والمجنون فللوليّ نزعه من يدهما﴾ قد تقدّم في باب الضالّة[1] صحّة التقاط الصبي والمجنون، وإنّا لم نقف فيه على مخالف وإن كانت القواعد والأخبار قد تعطي خلاف ذلك كما مرّ مسبغاً، وبيّنّا أنّه لا يلتفت إلى ما في «الكفاية[2]» هنا وما في «المفاتيح».

وقوله «للوليّ نزعه» معناه أنّه يجب عليه نزعه منه كما صرّح به في «التذكرة[3] وجامع المقاصد[4]» وهو ظاهر «المبسوط[5] والتحرير[6]» والوجه واضح، لأنّهما ليسا من أهل الأمانة، واللقطة كالمال المملوك، فكما يجب على الوليّ أخذ مالهما من أيديهما ويحرم تمكينهما منه خوف إتلافه فكذا يجب انتزاع اللقطة منهما، ومع التقصير في انتزاع اللقطة منهما والتلف يضمن كما هو صريح «التذكرة[7] والتحرير[8] والكتاب والإيضاح[9] وجامع المقاصد[10]» فيما يأتي، لأنّ هذا اكتساب الطفل كاحتطابه واحتشاشه، فلا يجوز للوليّ جعله في يده، لأنّه أمين له، فيجب عليه حفظ أمواله، فإذا تركها في يده كان مفرّطاً، والأمين إذا فرّط ضمن.

(١) تقدّم في ص ٦٢٥ ـ ٦٢٧.

(٢) الّذي تقدّم من الشارح من حكاية اعتبار التكسّب في الملتقط خلافاً للمشهور إنّما هو حكايته عن المفاتيح، وأمّا الكفاية فلم ينقل عنه هناك شيئاً، فراجع ص ١٢٥ تجد صحّة ما بيّناه.

(٣ و٧) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٥ س ٢١ و٢٥.

(٤ و١٠) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٢ و١٥٤.

(٥) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٤.

(٦ و٨) تحرير الأحكام: في الملتقط من المال ج ٤ ص ٤٦٧.

(٩) إيضاح الفوائد: في اللقطة ج ٢ ص ١٥٣.

وتمليكهما إيّاه بعد مدّة التعريف، ويتولّاه الوليّ أو أحدهما.

قوله: ﴿وتمليكهما إيّاه بعد مدّة التعريف﴾ كما نصّ عليه في «التحرير[١] والتذكرة[٢] والدروس[٣] والروضة[٤]» يفعل بعد الحول الأحظّ لهما.

ونحوه ما في «المبسوط[٥]» من أنّ المولّى عليه إن كان ممّن يستقرض له فإنّه يستقرضه له ويملّكه إيّاه وإلّا فلا، وهو بناءً على أنّ تملّك اللقطة وتمليكها استقراض. وفيه: أنّه لو جرى مجرى الاقتراض لم يصحّ التقاطهما أي الصبيّ والمجنون، فتأمّل.

قوله: ﴿ويتولّاه الوليّ﴾ أي يتولّى التعريف الوليّ كما نصّ عليه في «المبسوط[٦] والتذكرة[٧] والتحرير[٨] والإرشاد[٩] والدروس[١٠] وجامع المقاصد[١١] والروضة[١٢]» وغيرها[١٣] لأنّه قائم مقام كلّ منهما وهما ليسا من أهل التعريف، كذا قال في «التذكرة» ولا نجد مانعاً منه إذا كان الصبيّ مميّزاً، إذ الغرض الإعلام وقد حصل، فتأمّل.

قوله: ﴿أو أحدهما﴾ هذا من متفرّدات الكتاب، ووافقه عليه في «جامع

(١ و٨) تحرير الأحكام: في الملتقط من المال ج ٤ ص ٤٦٧ و٤٦٥.

(٢ و٧) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٥ س ٢٧ و٢٥.

(٣ و١٠) الدروس الشرعية: في حكم اللقطة بعد التعريف ج ٣ ص ٩٢.

(٤) الروضة البهية: في شرائط الملتقط ج ٧ ص ١٠٨.

(٥ و٦) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٤.

(٩) إرشاد الأذهان: في اللقطة ج ١ ص ٤٤١.

(١١) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٢.

(١٢) الروضة البهية: في شرائط الملتقط ج ٧ ص ١٠٨.

(١٣) كمفاتيح الشرائع: في ما يشترط في الملتقط ج ٣ ص ١٨٣، ورياض المسائل: في الملتقط للمال ج ١٢ ص ٤٢٦.

ولو أتلفه الصبيّ ضمن، ولو تلف في يده فالأقرب ذلك، لأنّه ليس أهلاً للأمانة، ولم يسلّطه المالك عليه بخلاف الإيداع.

المقاصد[1]» قال: لتمكّنهما من تملّك المباحات، وهذا في معناها، وهو لا يتمّ في غير المميّز والمجنون المطبق، واحتمال إرادة تولّي التمليك إن تمّ فيهما بعيد. وإن احتاج التعريف إلى مؤنة لم يصرف مال الصبيّ إليه ورفع الأمر إلى الحاكم ليبيع جزءاً منها لمؤنة التعريف.

قوله: ﴿ولو أتلفه الصبيّ ضمن﴾ كما في «التذكرة[2] والتحرير[3] وجامع المقاصد[4]» وقد أسبغنا الكلام[5] في ذلك في أوّل باب الوديعة نقضاً وإبراماً، وقلنا: إنّ مقتضى الأُصول والضوابط عدم الضمان كما في حجر «التذكرة والتحرير» إذ لادليل على كونه من باب الأسباب إلّا قوله صلى الله عليه وآله «على اليد ما أخذت» وهو مختصّ بالمكلّف، لكن قد يظهر من جماعة أنّ الضمان إجماعي، وقلنا: إنّه يمكن الاستدلال بخبر السكوني[6]: من أخرج ميزاباً ... الحديث.

قوله: ﴿ولو تلف في يده فالأقرب ذلك، لأنّه ليس أهلاً للأمانة، ولم يسلّطه المالك عليه﴾ ما قرّبه المصنّف هو الأصحّ عند ولده[7]، وقد احتمله في «التحرير[8]» وجزم في «التذكرة[9]» بعدم الضمان، لأنّه أخذ ما له أخذه. وفي «جامع المقاصد[10]» أنّه الأصحّ لكنّه في باب الحجر، قال: إنّ الإهمال في الحفظ

(١ و ٤) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٢.

(٢ و ٩) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٥ س ٢٣.

(٣ و ٨) تحرير الأحكام: في الملتقط من المال ج ٤ ص ٤٦٧.

(٥) تقدّم في الوديعة في ص ٢٠٦ ـ ٢١٠ وقد أحال هناك البحث إلى باب الحجر فراجع.

(٦) وسائل الشيعة: ب ١١ من أبواب موجبات الضمان ح ١ ج ١٩ ص ١٨٢.

(٧) إيضاح الفوائد: في لقطة الأموال ج ٢ ص ١٥٢.

(١٠) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٣، وفي الحجر ج ٥ ص ٢٠٠.

والتفريط لا يكاد يقصر عن الإتلاف[١]، فيلزمه أن لا يفرّق بينه وبين ما قبله، فتأمّل.

ووجه عدم الضمان أنّه إنّما يثبت حيث يجب الحفظ، والوجوب لا يتعلّق بهما، لأنّه من خطاب الشرع، و«على» في قوله صلى الله عليه وآله «على اليد ما أخذت» ظاهرة في وجوب الدفع والحفظ، فيكون الخبر من باب خطاب الشرع. وقد حكموا في باب الوديعة[٢] أنّهما لو استودعا وتلفت لم يضمنا. ولا فرق بين لقطتهما وإيداعهما، لأنّهما مأذونان في كليهما من الشارع، لأنّه أذن لكلّ ملتقط، وهما داخلان في ذلك. وليس لك أن تقول: إنّهما أثبتا يدهما على مال الغير بغير إذن من المالك، فتكون يد عدوان، لأنّ كلّ ملتقط كذلك، إذ لا إذن له من المالك، وإنّما هي إذن الشارع، فكان المال كأنّه قد حصل في يده برضا المالك، ولا يلزم من ذلك كونهما مستأمنين شرعاً، بل المستأمن هو الوليّ، ولهذا وجب عليه انتزاع العين من أيديهما، فهما مأذونان بإثبات اليد كسائر الملتقطين، غير مكلّفين بالتسليم للوليّ، لعدم التكليف، فانحصر الوجوب في الوليّ إذا علم بالالتقاط، فلا يستقيم فرق المصنّف هنا بين الإيداع والالتقاط. وقد اعترف بعدمه في «التذكرة» كما أوضح ذلك كلّه في «جامع المقاصد[٣]».

وأيضاً لو كانت يدهما يد ضمان لوجب أن تكون يد الوليّ كذلك، لأنّ يده مبنيّة على يدهما. ولا يلزم من أمر الشارع إيّاه بالأخذ زوال الضمان الّذي كان. وبه أجاب في «جامع المقاصد» عمّا في الإيضاح قال: محصّل ما بيّن به الشارح وجه القرب يرجع إلى أنّ الصبيّ والمجنون لهما أهليّة الاكتساب وليس لهما أهليّة

---

(١) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٣، وفي الحجر ج ٥ ص ٢٠٠.

(٢) كالعلّامة في القواعد: في اللقطة ج ٢ ص ١٨٣، والشهيد الثاني في المسالك: في اللقطة ج ٥ ص ٩٣، والطباطبائي في الرياض: في اللقطة ج ٩ ص ١٥٣.

(٣) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٢ و١٥٣.

ولو قصّر الوليّ فلم ينتزعه حتّى أتلفه الصبيّ أو تلف فالأقرب تضمين الوليّ.

وللعبد أخذ اللقطتين،

الأمانة، فيكون التقاطهما اكتساباً محضاً لا استيمان فيه، فإذا تلفت العين كانت مضمونة. وربّما يقال: لا بُعد فيه كمن التقط بنيّة التملّك من أوّل الأمر، فيدهما من أوّل الأمر يد ضمان. ونظر فيه ـ أي صاحب جامع المقاصد ـ بأنّهما وإن لم يكن لهما أهليّة الأمانة لا يلزمهما الضمان بالتلف الحاصل من غير جهتهما، وبأنّ يدهما لو كانت يد ضمان لوجب أن تكون يد الوليّ[1] كذلك. وقد عرفت[2] أنّه لولا ما يظهر من دعوى الإجماع والخبر لكان لنا تأمّل في الضمان فيما إذا أتلفا.

قوله: ﴿ولو قصّر الوليّ فلم ينتزعه حتّى أتلفه الصبيّ أو تلف فالأقرب تضمين الوليّ﴾ قد تقدّم[3] بيان وجه الأقربيّة، ووجه العدم أنّه لم يدخل في يده، والأصل براءة الذمّة، وهو ضعيف جدّاً.

[في جواز التقاط العبد]

قوله: ﴿وللعبد أخذ اللقطتين﴾ قد تقدّم الكلام في أنّ له أخذ لقطة المال الصامت والحيوان مستوفىً في أوّل الفصل الثاني[4]، فيحتمل أن يريد لقطتي المال (الأموال ـ خ ل) والضوالّ، ولم يُفهم غيره صاحب «جامع المقاصد[5]» وأن يريد لقطتي الحرم وغيره، كما ذكره في «التذكرة[6]» وبه فسّر في «المسالك[7]» عبارة

(١ و٥) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٢ ـ ١٥٣ و١٥٤.

(٢) تقدّم في ص ٧٢٢.

(٣) تقدّم في ص ٧٢٠ ـ ٧٢٣.

(٤) الظاهر أنّ المراد هو ما تقدّم في ص ٦٢٩ ـ ٦٣٢ ولكن لم نَرَ هناك كلاماً مستوفىً إلّا ما هو كالإشارة، فراجع وتأمّل.

(٦) تذكرة الفقهاء: في التقاط العبد ج ٢ ص ٢٥٤ س ٢٣.

(٧) مسالك الأفهام: في شروط ملتقط المال ج ١٢ ص ٥٣٧.

فإن عرّف حولاً ثمّ أتلفها تعلّق الضمان برقبته يتبع به بعد العتق،

الشرائع. وقال في «الدروس[١]» وأمّا لقطة الحرم فجائز أخذها للعبد، لأنّها أمانة. قال الفاضل: لا نعلم فيه خلافاً، انتهى. ومراده أنّه لا إشكال في أخذ العبد لقطة الحرم وأنّه ليس الحال فيه كالحلّ. وما حكاه عن الفاضل هو قوله في «التذكرة[٢]»: للعبد أخذ لقطة الحرم كما له أخذ لقطة الحلّ، ولا يجوز له التملّك ولا لسيّده. والمدبّر وأُمّ الولد كالقنّ، ولا نعلم فيه خلافا، انتهى فتأمّل.

قوله: ﴿فإن عرّف حولاً ثمّ أتلفها تعلّق الضمان برقبته يتبع به بعد العتق﴾ كما في «التذكرة[٣] والدروس[٤] وجامع المقاصد[٥]» مع الحكم بأنّ التعلّق بذمّته، فكان كما لو استقرض قرضاً فاسداً فاستهلكه فإنّه يتعلّق بذمّته. وهو المراد بقول المصنّف «برقبته». وفي «المفاتيح[٦]» أنّه يتعلّق برقبته كالكتاب. وكذلك لو تملّكها كما في «المبسوط[٧] والتذكرة[٨] والتحرير[٩]» غير أنّه قال في المبسوط: تعلّق الضمان برقبته كالكتاب، وقد يكون أراد بها ذمّته أو أراد ما يذهب (ما ذهب ـ خ ل) إليه الشافعيّة[١٠] في أحد وجهيهم من أنّ الضمان يتعلّق برقبته كما لو غصب شيئاً فتلف، قالوا: وليس كالقرض، لأنّ صاحبه سلّمه إليه، لكنّ الحكم في الأصل عندنا ممنوع كما في «التذكرة[١١]» وقال أيضاً: وكذا لو تلفت بتقصير منه فعندنا يتعلّق بذمّته، والمفروض في مسألة الكتاب وما في المبسوط أنّ المولى

(١ و ٤) الدروس الشرعية: في أحكام اللقطة ج ٣ ص ٩٣ و٩٢.

(٢ و٣ و٨ و١١) تذكرة الفقهاء: في التقاط العبد ج ٢ ص ٢٥٤ و٢٥٣ س ٢٣ و٩ و٣٦ و٣٨.

(٥) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٤.

(٦) مفاتيح الشرائع: فيما يشترط في الملتقط ج ٣ ص ١٨٤.

(٧) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٥.

(٩) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٣.

(١٠) راجع المجموع: ج ٦ ص ٢٠٢.

وكذا لو لم يعرّف. ولو علم المولى ولم ينتزعها ففي تضمينه إشكال، ينشأ من تفريطه بالإهمال إذا لم يكن أميناً، ومن عدم الوجوب بالأصل.

لم يأذن له في التملّك ولا في الإتلاف بل لا علم له بها.

قوله: ﴿وكذا لو لم يعرّف﴾ كما في «التذكرة[1]» لأنّه إذا أعرض عن التعريف ضمن كالحرّ في ذمّته. ولعلّه أشار إلى بطلان ما فرّق به بعض الشافعية من أنّ الإتلاف في السنة أو بدون تعريف خيانة محضة فيتعلّق الضمان برقبته، وبعدها مع التعريف يدخل وقت الإرفاق، فاستهلاكه لها يشابه استقراضها، وهو فاسد كما عرفت.

قوله: ﴿ولو علم المولى ولم ينتزعها ففي تضمينه إشكال ينشأ، من تفريطه بالإهمال إذا لم يكن أميناً، ومن عدم الوجوب بالأصل﴾ إذا التقط بغير إذن المولى وكان أميناً جاز للمولى إبقاءها عنده إلى أن يعرّفها ثمّ يفعل بها أحد الأُمور الثلاثة، وظاهر مَن تعرّض له أن لا تأمّل فيه ولا خلاف، وإن لم يكن أميناً وتركها في يده فقد قال في «المبسوط[2]»: إنّها تكون في ضمان السيّد، لأنّه كان قادراً على انتزاعها من يده فلمّا تركها في يده تعدّى بتركه فصار كما لو وجدها وسلّمها إلى فاسق فإنّه يضمنها، انتهى. وحاصل كلامه أنّه يجب على المولى انتزاعها منه. وتردّد في «الشرائع[3]» في الضمان. وقال في «المختلف[4]»: فيه نظر. وفي «جامع المقاصد[5]» هو مشكل لكنّه اختار بعد ذلك «كالتحرير[6] والمسالك[7]»

---

(١) تذكرة الفقهاء: في التقاط العبد ج ٢ ص ٢٥٣ س ٣٦.
(٢) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٥.
(٣) شرائع الإسلام: في أحكام اللقطة ج ٣ ص ٢٩٥.
(٤) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٢.
(٥) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٥.
(٦) تحرير الأحكام: في الملتقط من المال ج ٤ ص ٤٦٦.
(٧) مسالك الأفهام: في مسائل من أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٥٥١.

ولو أذن له المولى في التملّك بعد التعريف

عدم الضمان. وهو الظاهر من «التذكرة[١]» لأنّه لا يجب على المولى انتزاع مال الغير من يد عبده كما في «المختلف[٢] والدروس[٣] وجامع المقاصد[٤]» ووجهه أنّ للعبد ذمّة والحال أنّه لم يأذن له في الالتقاط ولا أثر لعلمه، كما لو رأى عبده يتلف مالاً لغيره فلم يمنعه، فإنّه لا يضمنه، بل نقول: إنّه يكفينا الشكّ في وجوب حفظ مال الغير خصوصاً مع وجود يد متصرّفة ذات ذمّة، فمن قرّب عدم الضمان أو استظهره فلأنّه استظهر عدم وجوب الانتزاع على المولى، ومَن تردّد في هذا تردّد في ذلك، وهو قضيّة القواعد، فما في «المسالك[٥]» من أنّا إن أوجبنا على السيّد الانتزاع احتمل الضمان، وعدمه غير وجيه. وفي «الدروس[٦]» لو كان العبد غير مميّز اتّجه ضمان السيّد، وكأنّه نزّله ـ أي غير المميّز ـ منزلة دابّته حيث يجب منعها من إتلاف مال الغير، وإلّا ورد عليه ما ورد هناك من أنّه لا يجب على المولى انتزاع مال الغير من يد عبده.

وأمّا إذا قبضها المولى ثمّ ردّها إليه وكان خائناً فالظاهر أنّه لا خلاف في ضمانه، وعليه نصّ في «التذكرة[٧]» كما أنّه يضمن إذا أذن له في الالتقاط وكان خائناً إذا قصّر في الانتزاع، وعليه نصّ في «جامع المقاصد[٨]» وقد تأمّل فيما إذا لم يقصّر، ولعلّ الأقرب حينئذٍ عدم الضمان. وفي حكم الإذن رضاه بعد الالتقاط.

قوله: ﴿ولو أذن له المولى في التملّك بعد التعريف﴾ أي ضمن السيّد.

(١ و٧) تذكرة الفقهاء: في التقاط العبد ج ٢ ص ٢٥٤ س ٣ و٢.

(٢) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٢.

(٣ و٦) الدروس الشرعية: في حكم اللقطة بعد التعريف ج ٣ ص ٩٢.

(٤ و٨) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٤ و١٥٥.

(٥) مسالك الأفهام: في مسائل من أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٥٥١.

أو انتزعها بعده للتملّك ضمن السيّد،

قد تقدّم[١] أنّ العبد إذا أتلفها بعد تعريفه لها حولاً تعلّق الضمان بذمّة العبد يتبع به بعد العتق، إذ المفروض أنّ المولى لم يأذن له في التملّك ولا في التصرّف، بل لا علم له بها، وأراد هنا أن يبيّن ما إذا تلفت بعد الحول وقد أذن له في التملّك فحكم بأنّه يضمن بحيث يتناول إطلاقه ما إذا أجرى العبد صيغة التملّك أو لم يجرها. قال في «التذكرة[٢]»: وإن تلفت بعد مدّة التعريف، فإن أذن له السيّد في التملّك وجرى التملّك ضمن، وإن لم يجر التملّك بعد فالأقوى تعلّق الضمان بالسيّد، لأنّه أذن في سبب الضمان، فأشبه ما إذا أذن له أن يسوم شيئاً فأخذه وتلف في يده، انتهى. ولعلّ المراد بالتملّك التملّك للعبد كما أفصحت به عبارة «التحرير» قال: ومَن جوّز تمليك العبد مع إذن المولى لو أذن له مولاه في التملّك بعد الحول ملك العبد وضمن السيّد[٣] لكن لا تصريح في الكتاب والتذكرة بالبناء على مذهب الغير، فيحتمل أنّ المراد فيها التملّك للسيّد لا للعبد لأنّه ليس للعبد أن يملك فلا يصحّ له أن يتملّك. وهذا يعطي أنّه لابدّ في التملّك من اللفظ، فتأمّل. وقد يكون أراد بالتملّك في الكتاب التصرّف والإتلاف. ولا فرق في المسألة بين علم المولى بالتقاطه أو لا ولا بين أن يقصد الالتقاط لنفسه أو لسيّده، فإنّ الالتقاط في كلٍّ منهما يقع للسيّد.

قوله: ﴿أو انتزعها بعده للتملّك ضمن السيّد﴾ إذا علم السيّد باللقطة كان له انتزاعها من يده كالأموال الّتي يكتسبها العبد، فإن كان الانتزاع بعد التعريف تخيّر المولى بين حفظها على مالكها ولا ضمان وبين تملّكها أو التصدّق بها فيضمنها

(١) تقدّم في ص ٧٢٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: في التقاط العبد ج ٢ ص ٢٥٤ س ٣.

(٣) تحرير الأحكام: في الملتقط من المال ج ٤ ص ٤٦٦.

ولو انتزعها السيّد قبل مدّة التعريف لزمه إكماله، فإن تملّك أو تصدّق ضمن، وإن حفظها لمالكها فلا ضمان، ولو أعتقه المولى قال الشيخ: للسيّد أخذها، لأنّها من كسبه، والوجه ذلك بعد الحول.

عند ظهور مالكها، وإن كان قبله كان كالملتقط بنفسه. وإن كان العبد قد عرّف بعض الحول احتسب به وأكمل الحول وتخيّر بين الأُمور الثلاثة، وإن أقرّها في يده فهو ما استشكله المصنّف آنفاً، وإن تلفت في يد العبد في مدّة التعريف فلا ضمان، وإن تلفت بعدها فهي المسألة الّتي قبل هذه بلا فاصلة، وهذا تمام أحكام لقطة العبد.

قوله: ﴿ولو انتزعها السيّد قبل مدّة التعريف لزمه إكماله فإن تملّك أو تصدّق ضمن، وإن حفظها لمالكها فلا ضمان﴾ قد تقدّم بيانه آنفاً وهو واضح.

قوله: ﴿ولو أعتقه المولى قال الشيخ: للسيّد أخذها، لأنّه من كسبه، والوجه ذلك بعد الحول﴾ قال الشيخ في «المبسوط[1]»: عبد وجد لقطة ولم يعلم سيّده فأعتقه فما الّذي يفعل باللقطة؟ يبنى على القولين، فمن قال للعبد أخذها فإنّ السيّد يأخذها منه، لأنّ هذا من كسبه كالصيد، وقد سوّغ له أخذها قبل ذلك، وهو خيرة «التذكرة[2]». وكذا «الدروس[3]» وفي «جامع المقاصد[4]» أنّ عليه الفتوى. قلت: وهو قضيّة الاستصحاب والموافق لقواعد الباب، لاتّفاقهم على أنّها كسب من حين الأخذ، حكاه في «الدروس[5]» وليست أمانة محضة، ووجوب التعريف لصحّة التملّك. ويد العبد يد السيّد إذا أذن أو رضي، وإلّا فهو لا يقدر على

---

(١) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٦.
(٢) تذكرة الفقهاء: في التقاط العبد ج ٢ ص ٢٥٤ س ١٨.
(٣ و٥) الدروس الشرعية: في أحكام اللقطة ج ٣ ص ٩٢ و٩٣.
(٤) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٦.

الثالث: اللقطة، وهي كلّ مالٍ ضائعٍ أُخذ ولا يد لأحد عليه.

شيء، وحيث ثبت استحقاقها للسيّد من حين الأخذ وجب أن يستصحب ولا يزول كما لا يزول غيره من الحقوق.

والمصنّف خالف هنا. وفي «المختلف» قال: والوجه ذلك بعد الحول، ومعناه كما في «المختلف» أنّه إن كان العتق بعد مضيّ مدّة التعريف كان للسيّد ذلك، وإن لم تكن مضت مدّة التعريف لم يكن له ـ أي السيّد ـ الأخذ، قال: لأنّها أمانة في يد العبد وقد تحرّر، وليس للمولى انتزاع الأمانة من يده، وليست كسباً الآن، فليس له أخذها. قال: فينبغي حمل ما قاله الشيخ على التقدير الأوّل[1]. قلت: قد سمعت إجماع «الدروس» الّذي يشهد التتبّع بصدقه. ولا ترجيح في «الإيضاح[2]» وإنّما بني الأمر على أنّ الالتقاط هل هو للسيّد ابتداءً أو لا بل هي ولاية للعبد وأمانة في يده؟* وهذا كلّه إذا لم يكن الالتقاط بإذن السيّد، أمّا إذا كان بإذنه كان الالتقاط له واليد يده.

[في تعريف اللقطة]

قوله: ﴿الثالث: اللقطة، وهي كلّ مالٍ ضائعٍ أُخذ ولا يد لأحد عليه﴾ كما في «الشرائع[3] والنافع[4]» وهو معنى قوله في «التذكرة[5]» أنّها المال الضائع عن صاحبه يلتقطه غيره، لكنّه لم يذكر أنّه لا يد عليه، ولعلّه اكتفى عنه

---

* ـ فعلى الأوّل للسيّد أخذها مطلقاً أي قبل الحول وبعده وبعد العتق، وعلى الثاني ليس له أخذها إذا كان العتق قبل الحول. (منه)

---

(١) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٢.

(٢) إيضاح الفوائد: في لقطة الأموال ج ٢ ص ١٥٣.

(٣) شرائع الإسلام: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩١.

(٤) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٣. (٥) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٠ س ٣٤.

بالضائع، لأنّه صار اصطلاحاً في ذلك كما تقدّم [١] بيانه. وفي «الوسيلة» تعريفها بما وجده الإنسان لغيره فأخذه [٢]. وهذا يشمل الضائع وغيره. وما عليه يد وغيره.

ويخرج بالضائع المال المجهول المالك، لأنّه ما حصل في يدك من مالكه أو مَن يقوم مقامه ثمّ جهلته أو كان مجهولاً لك من أوّل الأمر كأن كنت معه في فندق أو خان أو قافلة ولا تعرفه، وحصل في يدك أو في متاعك شيء من ماله غفلةً أو خطأً. ومنه ما يقع الاشتباه فيه من النعال وغيرها في الحمّامات والزيارات، وما يؤخذ من الحاكم الظالم أو السارق ممّا يعرف أنّه حرام ولا تعرف صاحبه، إذ لافائدة في تعريفه، إذ قد لا يعرف صاحبه أنّه وصل إلى يدك، بل قد لا يعرف أنّه ذهب منه، وحكمه أنّه يتصدّق به فوراً بعد اليأس، وأمّا قبله فلابدّ من الفحص، ولا يتقدّر بالسنة، فقد لا يحصل اليأس بالسنتين، وقد يحصل بما دون ذلك، بل قد يحصل في الحال، وبه يفارق اللقطة فإنّه يتصدّق بها أو يتملّكها بعد التعريف سنة وإن رجا الظفر بصاحبها، وأمّا إذا حصل له اليأس ابتداءً أو في أثناء السنة فإنّه يتخيّر بين التصدّق بها أو التملّك لها بعد أن يعرّفها تعبّداً، لأنّ اللقطة لا تملك بدون تعريف على حال كما يعطي ذلك كلّه أخبار اللقطة لمن أمعن النظر فيها، وقد تقدّم ذلك في أوّل باب الوديعة وفي آخره [٣].

وقد تقدّم [٤] أنّ اللقطة صارت حقيقة عرفاً في المال الصامت فلا حاجة إلى تقييد المال في التعريف به، وخرج بما لا يد لأحدٍ عليه المال الضائع الملقوط. وهذا تعريف للّقطة بالمعنى الأخصّ، قال في «المسالك [٥]»: وهو المعروف منها لغةً. قلت: المعروف منهُ لغة المال مطلقا كما تقدّم، وأمّا المعنى الأعمّ المصطلح عليه عند

---

(١) تقدّم في ص ٤٩٣ و٦٩٥.

(٢) الوسيلة: في اللقطة ص ٢٧٧.

(٣) تقدّم في كتاب الوديعة ص ١٩١ ـ ١٩٧ و٣٣٧ ـ ٣٤٢ وتقدّمت أخبار المسألة في وجوب التعريف في ص ٧٠٢ ـ ٧٠٧.

(٤) تقدّم في ص ٦٩٥.

(٥) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥١٠.

فإن كان في الحرم وجب تعريفه عليه حولاً، فإن لم يوجد المالك تخيّر بين الصدقة به ـ وفي الضمان قولان ـ وبين الاحتفاظ ولا ضمان.

الفقهاء فهو ما يجعل عنوان الباب بحيث يشمل الآدمي كما عرفته في أوّل الباب.

[حكم اللقطة في التعريف والتصدّق]

قوله: ﴿فإن كان في الحرم وجب تعريفه عليه حولاً، فإن لم يوجد المالك تخيّر بين الصدقة به ـ وفي الضمان قولان ـ وبين الاحتفاظ ولا ضمان﴾ أمّا وجوب تعريفها إذا كانت كثيرة فقد صرّح به في «المقنع[١] والمقنعة[٢] والنهاية[٣]» وسائر[٤] ما تأخّر عنها. وفي «الغنية[٥]» الإجماع عليه، بل لعلّ الظاهر من «الخلاف[٦]» ذلك وبه نطق خبر عليّ بن أبي حمزة[٧] وخبر اليماني[٨] وخبر الفضيل بن يسار[٩].

وأمّا أنّه يتخيّر بين الصدقة بها والاحتفاظ فقد صرّح به في «المبسوط[١٠] والخلاف[١١]» في ظاهره أو صريحه و«الغنية[١٢] والسرائر[١٣] والشرائع[١٤] والنافع[١٥]

---

(١) المقنع: في اللقطة ص ٣٧٩. (٢) المقنعة: في اللقطة ب ١ ص ٦٤٦.
(٣) النهاية: في اللقطة ص ٣٢٠.
(٤) كالمبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢١، والوسيلة: في اللقطة ص ٢٧٨، والسرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠١.
(٥) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٣. (٦) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٨٦ مسألة ١٢.
(٧) وسائل الشيعة: ب ١٧ من أبواب اللقطة ح ٢ ج ١٧ ص ٣٦٨.
(٨ و٩) وسائل الشيعة: ب ٢٨ من أبواب مقدّمات الطواف ح ٤ و٢ ج ٩ ص ٣٦١.
(١٠) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢١.
(١١) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٨٥ ـ ٥٨٦ مسألة ١٢.
(١٢) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٣. (١٣) السرائر: في بيان أنواع اللقطة ج ٢ ص ١٠١ ـ ١٠٢.
(١٤) شرائع الإسلام: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩٢. (١٥) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٣ ـ ٢٥٤.

وكشف الرموز[1] والتذكرة[2] والتحرير[3] والإرشاد[4] والدروس[5]» وغيرها[6]. وفي «الغنية[7]» الإجماع عليه، بل وكذا «الخلاف[8]». وفي «المسالك[9] والكفاية[10]» أنّه المشهور.

ولم يذكر هذا التخيير في شيء من أخبار الباب[11]. نعم في خبري عليّ بن أبي‌حمزة واليماني الأمر بالتصدّق بها، وظاهرهما تعيينه كما هو ظاهر «رسالة عليّ بن بابويه» فيما حكي[12] و«المقنع[13] والمقنعة[14] والنهاية[15] والمراسم[16]» حيث اقتصر فيها على الأمر بالتصدّق بها، وكأنّ نظر المشهور إلى أنّه محسن إلى

(١) كشف الرموز: في اللقطة ج ٢ ص ٤١١. (٢) تذكرة الفقهاء: في المال الملقوط ج ٢ ص ٢٥٦ س ٢.

(٣) تحرير الأحكام: في الملتقط من المال ج ٤ ص ٤٦٣.

(٤) إرشاد الأذهان: في اللقطة ج ١ ص ٤٤٢. (٥) الدروس الشرعية: في لقطة الأموال ج ٣ ص ٨٦.

(٦) مفاتيح الشرائع: في القول في اللقطة ج ٣ ص ١٧٦.

(٧) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٣. (٨) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٨٥ ـ ٥٨٦ مسألة ١٢.

(٩) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥١٦. (١٠) كفاية الأحكام: في لقطة الأموال ج ٢ ص ٥٣٢.

(١١) التخيير بين الصدقة به والاحتفاظ به كلاهما وإن لم يجئ في شيءٍ من أخبار الباب إلّا أنّ مقتضى الأمر بالتصدّق به بعد تعريفها حولاً كما في خبري كثير وأبان وغيرهما والأمر بجعله في ماله والاحتفاظ به إلى أن يجيء لها طالب كما في خبري محمّد بن مسلم ودعائم الإسلام بل في خبر آخر لمحمّد بن مسلم وعليّ بن جعفر الأمر بالوصية به، هو تخيير الملتقط بين الأمرين، ولكن لايخفى أنّ ظاهر بعض الأخبار كخبر عليّ بن جعفر (الوسائل: ج ١٧ ص ٣٥٢ ح ١٤) وخبر كثير (المصدر: ص ٣٤٩ ح ١) وخبر الدعائم (المستدرك: ج ١٧ ص ١٢٦ ح ٣) وخبر عليّ بن أبي همزة هو ضمان المتصدّق إذا جاء لها طالب وأنّ الصدقة إنّما يجوز إذا آيس الملتقط من مجيء طالب لها يدلّ عليه خبر زراره (الوسائل: ج ١٧ ص ٣٥٨ ح ٣) الوارد في الخاتم الّذي جاء به السيل، وعليه تعرف أنّ الأرجح بل المتعيّن هو ما اختاره الشيخ في الخلاف والمبسوط والنهاية ومَن تبعه على ما حكاه عنهم الشارح في ص ٧٣١ من ضمان المتصدّق بل في الكفاية أنّه الأشهر، والظاهر من الأخبار عدم الفرق في ذلك بين لقطة الحرم ولقطة غيرها في جميع الأحكام وتوضيحها يخرج عن التحشية.

(١٢) حكاه عنه العلّامة في المختلف: ج ٦ ص ٨٢ ـ ٨٣.

(١٣) المقنع: في اللقطة ص ٣٧٩. (١٤) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٦.

(١٥) النهاية: في اللقطة ص ٣٢٠. (١٦) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦.

المالك بحفظ ماله وحراسته له فلا مانع منه كما جزموا بذلك في الشاة المأخوذة من العمران أو الفلاة كما تقدّم[١].

وأمّا الضمان حيث يتصدّق بها فلم يرجّحه المصنّف هنا، وكذا لا ترجيح في «الدروس[٢]» هنا و«اللمعة[٣] والمهذّب البارع[٤] والمسالك[٥]». وعدم الضمان خيرة «المقنعة[٦] والنهاية[٧]» في باب اللقطة و«المراسم[٨] والغنية[٩] والشرائع[١٠] والنافع[١١] وكشف الرموز[١٢] والتحرير[١٣] والإرشاد[١٤] والمقتصر[١٥]» وكذا «الكفاية[١٦]» وقد حكي[١٧] عن «المهذّب» للقاضي وعن ابن حمزة، ولعلّه في «الواسطة» وحكاه المصنّف عن والده[١٨]. وفي «الغنية[١٩]» الإجماع عليه كما هو محكي عن «الخلاف[٢٠]».

---

(١) تقدّم في ص ٦٥١ـ٦٥٩ و٦٦٧ـ٦٧٠.
(٢) الدروس الشرعية: في لقطة الأموال ج ٣ ص ٨٧.
(٣) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٩.
(٤) المهذّب البارع: في اللقطة ج ٤ ص ٣١١.
(٥) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥١٦.
(٦) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٦.
(٧) النهاية: في اللقطة ص ٣٢٠.
(٨) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦.
(٩ و ١٩) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٢.
(١٠) شرائع الإسلام: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩٢.
(١١) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٤.
(١٢) كشف الرموز: في اللقطة ج ٢ ص ٤١١.
(١٣) تحرير الأحكام: في الملتقط من المال ج ٤ ص ٤٦٣.
(١٤) إرشاد الأذهان: في اللقطة ج ١ ص ٤٤٢.
(١٥) المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٥.
(١٦) كفاية الأحكام: في لقطة الأموال ج ٢ ص ٥٢٣.
(١٧) حكاه عنهما ابن فهد الحلّي في المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٥، والعلّامة في المختلف: في اللقطة ج ٦ ص ٨٠.
(١٨) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٨٠.
(٢٠) لم نعثر على حكاية الإجماع من الخلاف على عدم الضمان في ما بأيدينا من الكتب، والموجود في الخلاف هو الإجماع على الضمان كما نسبه إليه الشارح، فراجع.

وفي «النافع [1]» أنّه أشهر. والقول بالضمان خيرة «الخلاف [2] والمبسوط [3] والنهاية [4]» في باب الحج و«السرائر [5] والمختلف [6] وجامع المقاصد [7] وغاية المرام [8] والروضة [9]» وهو المحكي عن أبي عليّ [10] وعن حجّ «الدروس [11]». وفي «التذكرة [12]» في موضعين منها، و«المسالك [13]» أنّه المشهور. وفي «الكفاية [14]» أنّه أشهر. وفي «السرائر [15]» أنّه الحقّ اليقين. وهذا يجري مجرى الإجماع.

وحجّة هؤلاء قوله عليه‌السلام في خبر عليّ بن أبي حمزة [16] بعد الأمر بالتصدّق بها: «فإن جاء طالبها فهو له ضامن». وفي «جامع المقاصد [17]» أنّ ضعفه منجبر بعمل الأصحاب. ولعلّه يريد الشهرة المحكيّة إن تمّت، وقد عرفت الحال من نقل الأقوال، والإجماع الظاهر من «السرائر» وعموم «على اليد ما أخذت» [18] وفحوى الإجماع والأخبار الناطقة بالضمان في لقطة غير الحرم المأذون فـي التـقاطها إجـماعاً

(١) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٤.
(٢) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٨٥ مسألة ١٢.
(٣) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢١.
(٤) النهاية: في باب آخر من فقه الحج ص ٢٨٤.
(٥ و١٥) السرائر: في بيان أنواع اللقطة ج ٢ ص ١٠١ ـ ١٠٢.
(٦) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٨٠.
(٧ و١٧) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٦ و١٥٧.
(٨) غاية المرام: في اللقطة ج ٤ ص ١٥٦.
(٩) الروضة البهية: في لقطة المال ج ٧ ص ٩٥.
(١٠) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٨٠.
(١١) حكاه عنه الشهيد الثاني في المسالك: في اللقطة ج ١٢ ص ٥١١.
(١٢) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٦ س ٣ و٦.
(١٣) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥١٦.
(١٤) كفاية الأحكام: في لقطة الأموال ج ٢ ص ٥٣٣.
(١٦) تقدّم في ص ٧٠٢.
(١٨) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٢٢٤ ح ١٠٦.

فبالأولى أن يضمن هنا لمكان النهي المختلف فيه كراهيّة وتحريماً، بل لا أقلّ من المساواة، بل الأولويّة ظاهرة عند القائل بالتحريم، بل ينبغي على القول بالتحريم ضمانها وإن أبقاها أمانة لمكان العدوان. وهذا وإن اختصّ بما إذا تعمّد الالتقاط، وهو الّذي دلّ عليه أيضاً خبر عليّ بن أبي حمزة لكن لا قائل بالفصل، وإن لم يتمّ ينبغي القول بالتفصيل فيضمن إذا تعمّد دون ما إذا لم يتعمّد فتأمّل. وعلى كلّ حال فالضمان أشبه بالاُصول وأظهر من الأدلّة.

وحجّة الأوّلين بعد إجماع «الخلاف والغنية» المعتضدين بشهرة «النافع» أنّ الأصل براءة الذمّة من وجوب الضمان، وأنّ الصدقة تصرّف مشروع بالإجماع فلا يتعقّبها ضمان حذراً من الإضرار. وهو معارض بالصدقة بلقطة غير الحرم، مع أنّه رفع الغرر في الخبر بقوله عليه السلام: «فهو له ضامن» فلا منافاة بين الأمر بالصدقة والضمان، إلّا أن يقول إنّهم لم يلتفتوا إلى الخبر أصلاً. وقد يوجّه بأنّها أمانة وقد دفعها بإذن الشارع، وما هو كذلك لا يتعقّبه ضمان إلّا ما خرج بالدليل. وإجماع «الغنية» معارض بما يظهر من دعوى الإجماع في «السرائر» بل هو إجماع، لكن يبقى سليماً عن المعارض إجماع «الخلاف» المنجبر بشهرة «النافع» والقاعدة المذكورة، وهي أنّ التصرّف المشروع في الأمانات لا يستعقب ضماناً إلّا ما خرج بالدليل إن تمّت بنفسها، كما ذكرها كذلك في «الإيضاح[1] وجامع المقاصد[2]» وغيرهما[3] أو تمّ كونها أمانة كما في «الشرائع[4]» كما وجّهناها به، ثمّ الشأن في تمام ما حكوه عن «الخلاف» فإنّا لحظناه في نسختين ولم نجد إلّا قوله: «لقطة الحرم يجوز

(١) إيضاح الفوائد: في اللقطة ج ٢ ص ١٥٤.
(٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٧.
(٣) كالروضة البهيّة: في لقطة المال ج ٧ ص ٩٥.
(٤) شرائع الإسلام: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩٢.

أخذها ويجب تعريفها سنة ثمّ بعد ذلك يكون مخيّراً إذا لم يجئ صاحبها، ثمّ ذكر ما إذا أخذها ليعرّفها ويحفظها على مالكها ونفى الخلاف عن جوازه، ثمّ ذكر أنّه ليس له أن يلتقطها ليتملّكها، وحكى الخلاف عن بعض أهل الخلاف ثمّ ادّعى إجماع الفرقة وأخبارهم[١]. ولعلّهم فهموا من قوله «مخيّراً» التخيير السابق الّذي ذكره في كلامه في لقطة غير الحرم فإنّه خيّره بين ثلاثة أُمور، منها أن يتصدّق بها عنه ويكون ضامناً. ثمّ إنّ إجماعه ليس أيضاً منطبقاً على ذلك على تقدير استنباطه من كلامه فلا يصحّ الاستدلال به.

هذا وفي «جامع المقاصد[٢]» بعد أن ذكر القولين قال: هذا إن أخذ المال على قصد الالتقاط يعني التملّك والاكتساب، فإن أخذه على قصد الحفظ للمالك فالّذي يحضرني أنّ المصنّف في التذكرة قال: إنّ جواز أخذها على هذا القصد جائز وادّعى الإجماع، فعلى هذا هل يضمن أم لا ينبغي الضمان؟ انتهى.

قلت: كأنّه لم يلحظ كلام الأصحاب جميعاً، وإلّا فقد رتّب القولان ـ أي الضمان وعدمه ـ في «كشف الرموز[٣] والتذكرة[٤] والإيضاح[٥]» فيما كتبه عليه بيده و«المسالك[٦] والكفاية[٧]» على التقديرين ـ أي الحرمة وعدمها ـ وبنى القولين الشهيد في «اللمعة[٨]» وأبو العبّاس في «كتابيه[٩]» على التحريم، وبنى الضمان وعدمه في «النهاية» على

(١) الخلاف: في اللقطة مسألة ١٢ ج ٣ ص ٥٨٥.
(٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٧.
(٣) كشف الرموز: في اللقطة ج ٢ ص ٤١٠ ـ ٤١١.
(٤) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٦ س ٢.
(٥) لم نعثر عليه في النسخة الموجودة لدينا لا في المتن ولا في الحاشية، فراجع إيضاح الفوائد: ج ٢ ص ١٥٤.
(٦) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥١٦.
(٧) كفاية الأحكام: في لقطة الأموال ج ٢ ص ٥٣٢ ـ ٥٣٣.
(٨) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٩.
(٩) المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٥، والمهذّب البارع: في اللقطة ج ٤ ص ٣١١.

اختلاف قوليه في موضعين على التحريم الظاهر من قوله «لا يجوز» وقد تقدّم[١] بيانه. ومَن جوّز الالتقاط مطلقاً أو بنيّة الحفظ والإنشاد جعل الضمان وعدمه مبنيّاً على ذلك «كالمقنعة[٢] والخلاف[٣] والمبسوط[٤] والغنية[٥] والسرائر[٦] والشرائع[٧] والنافع[٨] والدروس[٩]». قال في «التحرير[١٠]» بعد أن ذكر القول بحرمة لقطة الحرم وكراهتها: وعلى التقديرين إن أخذه وجب عليه الأخذ بنيّة الإنشاد ولا يجوز أخذه بنيّة التملّك لا قبل الحول ولا بعده، فإن أخذه على هذا الوجه كان ضامناً، وإن أخذه بنيّة الإنشاد وجب عليه التعريف سنة، فإن جاء صاحبه وإلّا تخيّر بين احتفاظه دائماً وبين الصدقة، فإن تصدّق به ففي الضمان قولان أقربهما ثبوته، انتهى. وهو في «جامع المقاصد» غالباً يحكي عن التحرير.

وأمّا أنّه لا ضمان عليه حيث يأخذه بقصد الاحتفاظ فيتلف بغير تفريط فهو صريح «جامع المقاصد[١١]» وفخر الإسلام في «حاشيته[١٢]» عن خطّه، وظاهر «المبسوط[١٣] والخلاف[١٤] والغنية[١٥] والسرائر[١٦] والشرائع[١٧] والنافع[١٨] وكشف

(١) تقدّم في ص ٦٩٦ ـ ٧٠٨.
(٢) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٦.
(٣ و١٤) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٨٥ مسألة ٩.
(٤ و١٣) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢١.
(٥ و١٥) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٢ و٣٠٣.
(٦ و١٦) السرائر: في بيان أنواع اللقطة ج ٢ ص ١٠١ ـ ١٠٢.
(٧ و١٧) شرائع الإسلام: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩٢.
(٨ و١٨) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٤.
(٩) الدروس الشرعية: في لقطة الأموال ج ٣ ص ٨٧.
(١٠) تحرير الأحكام: في الملتقط من المال ج ٤ ص ٤٦٣.
(١١) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٧.
(١٢) لم نعثر عليها.

الرموز[1] والتحرير[2] والتذكرة[3] واللمعة[4] وكتابي أبي العبّاس[5] والمسالك[6] والروضة[7] والكفاية[8]» وفي جملة من هذه علّل بأنّها أمانة وأنّه محسن فما عليه من سبيل.

قال في «المسالك[9]»: أطلق القول بكونها أمانة من حرّم الالتقاط ومن جوّزه. ونحوه ما في «الروضة[10]». وقال فخر الإسلام: لا ضمان سواء قلنا بتحريم أخذها ابتداءً أو بكراهته، لأنّها بعد الأخذ تنقلب أمانة[11]. وقال في «جامع المقاصد[12]»: إن أخذها على قصد الالتقاط كيف يكون أمانة مع أنّه عاد بأخذها؟ قال: ويمكن أن يقال إنّ الالتقاط لا يقتضي التملّك جزماً، ولهذا لا تملك لقطة غير الحرم بعد التعريف إلّا بالنيّة أو اللفظ على الخلاف، ولا يدخل في ضمانه من أوّل الأمر، لأنّ مجرّد أخذ اللقطة لا ينافي الحفظ دائماً، فحينئذٍ يكون أخذ لقطة الحرم غير منافٍ للحفظ والأمانة وإن حرم من حيث إنّ الالتقاط اكتساب، ويشكل على هذا كون الأخذ محرّماً فكيف يكون أمانة، انتهى. والإشكال في محلّه، وقد سمعت جزمه في «التحرير» بأنّه إن أخذها على نيّة التملّك كان ضامناً وإن قصد التعريف، وماذا يقول صاحب «جامع المقاصد» فيما لو نوى التملّك من أوّل الأمر ولم ينو التعريف ثمّ عرّف فإنّ ذلك يوجب الضمان في اللقطتين، فتأمّل. وقد صرّح في

(١) كشف الرموز: في اللقطة ج ٢ ص ٤١٠.

(٢) تحرير الأحكام: في الملتقط من المال ج ٣ ص ٤٦٣.

(٣) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٧ س ٨.

(٤) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٩.

(٥) المهذّب البارع: في اللقطة ج ٤ ص ٣٠٩، والمقتصر: في اللقطة ص ٣٥٥.

(٦ و٩) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥١٨ و٥١٦.

(٧ و١٠) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ٩٣ و٩٦.

(٨) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٣٠ ـ ٥٣٣.

(١١) لم نعثر على قول الفخر في الإيضاح ولا في شرحه على الإرشاد، فراجع.

(١٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٧.

وإن كان في غيرالحرم، فإن كان دون الدرهم ملكه من غير تعريف،

«المبسوط[١]» وغيره[٢] بأنّها لا تملك بحال وقد تقدّم[٣] نقل الإجماعات على ذلك ونقل خلاف أبي الصلاح.

قوله: ﴿وإن كان في غير الحرم، فإن كان دون الدرهم ملكه من غير تعريف﴾ كما في ظاهر «المقنع[٤]» حيث قال: لك. وصريح «التذكرة[٥] والإرشاد[٦] والتبصرة[٧] والإيضاح[٨] والدروس[٩]» وكذا «جامع المقاصد[١٠]» قال في «التذكرة»: إنّ ما نقص عن الدرهم لا يجب تعريفه ويجوز تملّكه في الحال عند علمائنا أجمع[١١]. قلت: لعلّه فهم أنّه يملكه ممّا في «المقنعة[١٢] والمراسم[١٣] والشرائع[١٤] والنافع[١٥]» من أنّه ينتفع به، ومن قوله في «الخلاف[١٦] والمبسوط[١٧]»: لا يجب تعريفه، وممّا

---

(١) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٨.
(٢) كفنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٣.
(٣) تقدّم نقل الإجماعات في ص ٦٩٦ ـ ٧٠٨.
(٤) المقنع: في اللقطة ص ٣٧٩.
(٥ و ١١) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٦ س ١٥ و ٢٢.
(٦) إرشاد الأذهان: في اللقطة ج ١ ص ٤٤٢.
(٧) تبصرة المتعلّمين: في اللقطة ص ١٠٧.
(٨) إيضاح الفوائد: في اللقطة ج ٢ ص ١٥٥.
(٩) الدروس الشرعية: في لقطة الأموال ج ٣ ص ٨٦.
(١٠) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٨.
(١٢) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٧.
(١٣) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦.
(١٤) شرائع الإسلام: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩١ ـ ٢٩٢.
(١٥) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٣.
(١٦) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٨٢ مسألة ٧.
(١٧) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٤.

في «النهاية[١] والوسيلة[٢]» من أنّه يجوز أخذه، وبه عبّر هو في «التحرير[٣]» ومن قوله في «الغنية[٤]»: يجوز التصرّف به، ومن قوله في «السرائر[٥]»: يباح التصرّف به، وبه عبّر في «التنقيح[٦]». وفي «اللمعة[٧] والروضة[٨]» عبّر بـ «يحلّ». وقد فهم في «المسالك[٩]» من عبارة الشرائع أنّه يملكه.

وكيف كان، ففي «الخلاف[١٠]» دعوى إجماع الفرقة وأخبارهم على أنّه لايجب تعريفه. وفي «كشف الرموز[١١]» نفي الخلاف عن ذلك. وفي «الغنية[١٢]» إجماع الطائفة على أنّه يجوز التصرّف فيه من غير تعريف. وفي «التنقيح[١٣]» الإجماع على أنّه يباح. وفي «التذكرة[١٤]» أيضاً لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في إباحة أخذ القليل والانتفاع به من غير تعريف. وهذه العبارات والإجماعات كلّها فيما إذا كان الأخذ من غير الحرم ما عدا جملة منها «كالخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والشرائع والنافع» وغيرها ممّا يشمل اللقطتين كما تقدّم بيانه مفصّلاً عند الكلام على لقطة الحرم. وفي «المفاتيح[١٥]» بعد أن اختار الكراهيّة في لقطة الحرم

(١) النهاية: في اللقطة ص ٣٢٠.
(٢) الوسيلة: في اللقطة ص ٢٧٨.
(٣) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٣.
(٤ و١٢) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٣.
(٥) السرائر: في بيان أنواع اللقطة ج ٢ ص ١٠١.
(٦) التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١١٥.
(٧) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٩.
(٨) الروضة البهية: في لقطة المال ج ٧ ص ٩٦.
(٩) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥١١.
(١٠) الخلاف: في اللقطة مسألة ٧ ج ٣ ص ٥٨٣.
(١١) كشف الرموز: في اللقطة ج ٢ ص ٤٠٩.
(١٣) التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١١٥.
(١٤) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٦ س ١٥.
(١٥) مفاتيح الشرائع: القول في اللقطة ج ٣ ص ١٧٦.

وأنّه لا فرق بينه وبين غيره قال: ومع الأخذ يملك ما دون الدرهم من غير تعريف بلا خلاف. والحاصل: أنّه قد تقدّم الكلام في لقطة الحرم قليلها وكثيرها مسبغاً، وهو من متفرّدات الكتاب.

ويبقى الكلام في الدرهم نفسه وما كانت قيمته كذلك فهل يجب تعريفه أم لا فحاله حال ما دونه؟ قولان: الأوّل ظاهر «المقنع[١] والفقيه[٢] والمقنعة[٣] والنهاية[٤] والسرائر[٥]» وغيرها[٦] بل قد نسب ذلك إلى هؤلاء جماعة[٧] على البتّ. وهو صريح «الخلاف[٨] والغنية[٩] والشرائع[١٠] وكشف الرموز[١١] والتذكرة[١٢] والتحرير[١٣] والإرشاد[١٤] والتبصرة[١٥] والمختلف[١٦] والدروس[١٧] واللمعة[١٨] والمهذّب البارع[١٩]

---

(١) المقنع: في اللقطة ص ٣٧٩.
(٢) من لا يحضره الفقيه: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩٧.
(٣) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٧. (٤) النهاية: في اللقطة ص ٣٢٠.
(٥) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٢. (٦) كالجامع للشرائع: في اللقطة ص ٣٥٣.
(٧) كالفاضل الآبي في كشف الرموز: ج ٢ ص ٤١٠، وأبي العبّاس في المهذّب البارع: ج ٤ ص ٣٠٦، والعلّامة في المختلف: ج ٦ ص ٨٤.
(٨) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٨٢ مسألة ٧.
(٩) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٢.
(١٠) شرائع الإسلام: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩٢.
(١١) كشف الرموز: في اللقطة ج ٢ ص ٤١٠.
(١٢) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٦ س ٣٥.
(١٣) لم نجد في التحرير ذكر عن بحث ما كان بقدر الدرهم فضلاً عن حكمه، فراجع التحرير: ج ٤ ص ٤٦٣ و٤٧٨.
(١٤) إرشاد الأذهان: في اللقطة ج ١ ص ٤٤٢.
(١٥) تبصرة المتعلّمين: في اللقطة ص ١٠٧.
(١٦) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٨٤.
(١٧) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٨٦.
(١٨) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٩.
(١٩) المهذّب البارع: في اللقطة ج ٤ ص ٣٠٧.

والمقتصر[١] والتنقيح[٢] والروضة[٣]»وغيرها[٤]. وهو المحكي[٥] عن القاضي. وادّعى عليه في «الخلاف[٦]» إجماع الفرقة وأخبارهم، وإجماع «الغنية[٧]» يتناوله. وفي «كشف الرموز[٨]» عليه العمل.

ويدلّ عليه الأصل المعتضد بإطلاق النصوص الكثيرة بلزوم تعريف اللقطة مع أنّ جملة منها عامّة لمكان ترك الاستفصال، والصحيح: وسألته عن الرجل يصيب درهماً أو ثوباً أو دابّة، قال عليه السلام: يعرّفه سنة[٩] وفي مرسل ابن أبي عمير قال: سألته عن اللقطة، قال: تعرّف سنة قليلاً كان أو كثيراً، وما كان دون الدرهم لا يعرّف[١٠]. ونحوه مرسل «الفقيه[١١]».

والمخالف سلّار[١٢] وابن حمزة[١٣] وحكي[١٤] عن التقيّ فاختاروا الثاني.

وقال في «النافع[١٥]»: فيه روايتان، وقد أنكر عليه جماعة[١٦] وجود الرواية المخالفة للروايتين المتقدّمتين. وقال تلميذه «كاشف الرموز[١٧]»: إنّ مراده

(١) المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٤.
(٢) التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١١٦.
(٣) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ٩٦.
(٤) كمفاتيح الشرائع: في اللقطة ج ٣ ص ١٧٦.
(٥) حكاه عنه العلّامة في المختلف: في اللقطة ج ٦ ص ٨٤.
(٦) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٨٣ المسألة ٧.
(٧) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٣.
(٨ و١٧) كشف الرموز: في اللقطة ج ٢ ص ٤١٠ و٤٠٩.
(٩ و١٠) وسائل الشيعة: ب ٢٠ من أبواب اللقطة ح ٢ ج ١٧ ص ٣٧٠ وب ٤ منها ح ١ ص ٣٥٤.
(١١) من لا يحضره الفقيه: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩٧.
(١٢) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦.
(١٣) الوسيلة: في اللقطة ص ٢٧٨.
(١٤) حكاه عنه الفاضل الآبي في كشف الرموز: في اللقطة ج ٢ ص ٤١٠.
(١٥) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٣.
(١٦) منهم الفاضل المقداد في التنقيح: ج ٤ ص ١١٦، والسيّد الطباطبائي في الرياض: ج ١٢ ص ٤٠١.

الإشارة إلى الصحيحة والمرسلة، وأنّهما واردتان في أنّ الدرهم يعرّف، فتأمّل.

ثمّ ليُعلم أنّ للمصنّف عبارات تؤذن بأنّ التقاط القليل ليس بمنزلة حيازة سائر المباحات يملك بمجرّد الحيازة، بل لابدّ فيه من نيّة التملّك كالكثير بعد التعريف:

منها قوله: الأقرب وجوب دفع العين مع وجود صاحبها، ويحتمل القيمة مطلقاً كالكثير إذا ملكه بعد التعريف، والقيمة إن نوى التملّك وإلّا فالعين، وهو أقرب[1]، انتهى، وستعرف ما فيه.

ومنها قوله: لو تملّك ما دون الدرهم ثمّ وجد صاحبه فالأقرب وجوب دفعه إليه، لأصالة بقاء ملك صاحبه عليه، وتجويز التصرّف للملتقط لا ينافي وجوب ردّه[2].

وهذا يؤذن بعدم تملّكه، بل جواز التصرّف فقط كما سمعته عن جملة من العبارات، إلّا أن تقول: إنّما أراد به عدم لزوم الملك من أصله، أو حدوث تزلزله كالمبيع قبل القبض إذا حدث فيه عيب. ولا مانع من كون حيازة القليل سبباً في ملكه في الحال كسائر المباحات، ولا مانع من تزلزله أو حدوث تزلزله، إذ لا دليل على الملك والتملّك إلّا الإجماع، إذ اللام في المرسل في قوله «لك» ليست صريحة في التملّك، وليس في الآخر إلّا نفي وجوب التعريف، ولم يظهر منه ـ أي الإجماع ـ أنّه لازم بحيث لا يجوز لمالكه الرجوع إن كان باقياً. ولا كذلك الكثير فإنّ أخذه ليس سبباً في ملكه بالإجماع لمكان اشتراطهم التعريف، فلابدّ لحدوث الملك من سبب، وليس هو إلّا النيّة أو اللفظ. فحصل الفرق بين القليل والكثير على مختار جماعة، لكن قد تقدّم لنا آنفاً أنّه لابدّ في تملّك المباحات من النيّة وقد برهنّا على ذلك، فلا فرق حينئذٍ بين القليل والكثير إلّا بالتعريف وعدمه، فلاريب عندنا في وجوب ردّ العين مع عدم نيّة التملّك، بل قد نقول بوجوب ردّها مطلقاً،

(١ و٢) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٦ س ٣٣ و٣٢.

ولو وجد المالك فالأقرب الضمان،

لأنّه إذا (لو ـ خ ل) لم يكن له الرجوع إلى العين لم يكن له الرجوع إلى القيمة، لأنّه إنّما يمنع من الرجوع إلى العين إذا كانت مملوكة ملكاً لازماً، والعوض إنّما يلزم حينئذٍ بدليل من خارج والأصل عدمه، لكن قدحكي الإجماع في «الإيضاح[1] والتنقيح[2]» على عدم وجوب ردّ العين، ويُحمل على ما إذا نوى التملّك.

ثمّ إنّه لاريب أنّ له أن يأخذ القليل بنيّة الحفظ للمالك أو التصدّق به عنه كما هو الشأن في الكثير، وحينئذٍ لابدّ للتملّك من نيّة وإن قلنا بعدم اعتبارها في المباحات، فليلحظ ذلك كلّه. هذا إذا كانت باقية.

وأمّا إذا كانت تالفة فنقول أيضاً: لا دليل إلّا الإجماع، ولم يدلّ على التملّك بحيث يفيد عدم وجوب الردّ قيمةً أو عيناً مع وجود مالكه. فلا فرق أيضاً بينهما حينئذٍ إلّا أن تقول: إنّ الظاهر من التملّك عدم الرجوع، فتأمّل. ويأتي تمام الكلام.

قوله: ﴿ولو وجد المالك فالأقرب الضمان﴾ كما في «التذكرة[3] والتحرير[4] والمختلف[5] والإيضاح[6] والتنقيح[7] والرياض[8]» والمشهور عدم الضمان كما في «المختلف[9]» وبه صرّح في «النهاية[10] والغنية[11]» وهو ظاهر «المقنع[12]

(١ و٦) إيضاح الفوائد: في اللقطة ج ٢ ص ١٥٤.

(٢ و٧) التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١١٥ ـ ١١٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٦ س ٣٢.

(٤) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٨.

(٥) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٩٢.

(٨) رياض المسائل: في اللقطة ج ١٢ ص ٤٠٠.

(٩) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٩٢.

(١٠) النهاية: في اللقطة ص ٣٢٠.

(١١) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٣.

(١٢) المقنع: في اللقطة ص ٣٧٩.

والمقنعة[١] والخلاف[٢] والمبسوط[٣] والمراسم[٤] والوسيلة[٥] والشرائع[٦] والنافع[٧] والإرشاد[٨] والتبصرة[٩]» إذ قد تعرّض فيها كلّها لجواز الأخذ والانتفاع والملك على اختلافهم في التعبيرات، وظاهرهم أنّ ذلك بلا ضمان، وقد ادّعى في «الغنية[١٠]» الإجماع عليه، أي عدم الضمان.

وادّعى في «المختلف[١١]» أنّ كلام السرائر متناقض، قال في «السرائر»: اللقطة ضربان ضرب يجوز أخذه ولا يكون على مَن أخذه ضمانه ولا تعريفه، بل يجوز التصرّف قبل التعريف، ومتى أقام صاحبه بيّنةً وجب ردّه عليه[١٢]. قال في المختلف في بيان التناقض: إنّ عدم الضمان يقتضي عدم الردّ. وأجاب في «الدروس[١٣]» بأنّ انتفاء الضمان مع التلف وأنّ وجوب الردّ مع بقاء العين، فلا تناقض لاختلاف الشرط. وهو جيّد لكنّ الشأن في ثبوته.

وقد استدلّ للضمان في «المختلف[١٤] والإيضاح[١٥] وجامع المقاصد[١٦]» وغيرها[١٧]

---

(١) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٧.
(٢) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٨٢ ـ ٥٨٣ مسألة ٧.
(٣) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٤.
(٤) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦.
(٥) الوسيلة: في اللقطة ص ٢٧٨.
(٦) شرائع الإسلام: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩١.
(٧) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٣.
(٨) إرشاد الأذهان: في اللقطة ج ١ ص ٤٤٢.
(٩) تبصرة المتعلّمين: في اللقطة ص ١٠٧.
(١٠) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٣.
(١١) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٩٢.
(١٢) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠١.
(١٣) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٩٠.
(١٤) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٩٢.
(١٥) إيضاح الفوائد: في اللقطة ج ٢ ص ١٥٤.
(١٦) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٨.
(١٧) كالتنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١١٥ ـ ١١٦، رياض المسائل: في اللقطة ج ١٢ ص ٤٠٠.

بأنّه تصرّف في ملك الغير بغير إذنه فاستعقب الضمان. قال في «الإيضاح»: أمّا الأُولى فلثبوت الملك للمالك والأصل البقاء، والضياع غير ناقل للملك عن مالكه، وتجويز الشارع التملّك له لئلّا تعطّل غاية خلقه، أي الإنفاق. قلت: إذا جوّز له الشارع التملّك فقد تصرّف في ملكه، فالأقعد ما ذكرناه آنفاً. قال في «الإيضاح» ما حاصله: وأمّا الثانية فلقول الباقر عليه السلام: «مَن وجد شيئاً فهو له فليتمتّع به حتّى يأتيه طالبه، فإذا جاء طالبه ردّه إليه»[1]. وليس المراد ردّ العين للإجماع على عدم وجوب ردّها، فيكون المراد القيمة، وليس المراد الدرهم فما زاد، لأنّه لا يتحقّق ذلك فيهما إلّا بعد التعريف سنة والنيّة وذلك تراخ، فلو كان ذلك شرطاً لزم مع تأخير البيان عن وقت الحاجة الإغراء بالجهل وتقديم ما يجب تأخيره، فيكون المراد فيما دون لتعقّب الانتفاع فيه الوجدان بلا فصل فيجب الضمان وهو المطلوب[2]، انتهى. وفيه مواضع للنظر وقد تبعه في ذلك كلّه صاحب «التنقيح[3]».

وقد يناقش[4] في هذا الإجماع بما سمعته عن «السرائر والتذكرة[5]» ونحوه ما في «التحرير[6]» من قوله: وجب ردّه إليه إن كان موجوداً، وهو خيرة «الدروس[7] وجامع المقاصد[8]» وعبارة الكتاب ظاهرة في ردّ القيمة مطلقاً، فتوافق هذا الإجماع.

وأمّا مع التلف فقد صرّح في «التحرير[9]» بوجوب ردّ قيمته معه. واستوجهه في «جامع المقاصد[10]» ونظر فيه في «الدروس[11]» وقد سمعت ما في «السرائر[12]».

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب اللقطة ح ٢ ج ١٧ ص ٣٥٤.
(٢) إيضاح الفوائد: في اللقطة ج ٢ ص ١٥٤. (٣) التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١١٦.
(٤) لم نعثر عليه.
(٥) تقدّم في ص ٧٣٧ انهما ادّعيا الإجماع صريحاً وتلويحاً أنه يباح التصرّف فيه، فراجع.
(٦ و ٩) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٣.
(٧ و ١١) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٩٠.
(٨ و ١٠) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٩. (١٢) تقدّم في ص ٧٤٦.

وإن كان أزيد من ذلك وجب تعريفها حولاً،

وهذا كلّه فيما نقص عن الدرهم.

وأمّا ما زاد عنه فقد يظهر من الروايات وكلام القدماء كما في «الدروس[1]» أنّه يتعيّن عليه دفع العين، ثمّ قرّب أنّه يتخيّر بينها وبين بدلها مثلاً أو قيمةً. ويأتي إن شاءالله تعالى تمام الكلام.

وقد يستدلّ[2] على عدم الضمان فيما نحن فيه بالأصل وبعدم صراحة أخبار المسألة في الملك والتمليك، وهو كما ترى مع أنّ الظاهر انعقاد الإجماع عليه كما تقدّم.

قوله: ﴿وإن كان أزيد من ذلك وجب تعريفها حولاً﴾ هذا ممّا صرّح به الأصحاب كافّة من «المقنع[3] إلى الرياض[4]» والنصوص به مستفيضة فيها الصحيح[5] وغيره[6]. وفي «الخلاف[7] والمبسوط[8] والغنية[9]» وظاهر «التذكرة[10]» الإجماع عليه. وفي «السرائر[11] وكشف الرموز[12]» نفي الخلاف فيه.

واستدلّوا عليه بأنّه يجب إيصاله إلى مالكه والتعريف وسيلةً إليه ومقدّمةً له، فيجب من باب المقدّمة، فوجوب التعريف إنّما هو لتحصيل المالك، ولا منافاة بين

(١) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٩٠.
(٢) كما في رياض المسائل: في اللقطة ج ١٢ ص ٤٠٠.
(٣) المقنع: في اللقطة ص ٣٧٩.
(٤) رياض المسائل: في اللقطة ج ١٢ ص ٤٠٦.
(٥ و٦) وسائل الشيعة: ب ٢٠ من أبواب اللقطة ح ٢ ج ١٧ ص ٣٧٠ وب ٤ منهاج ١ ص ٣٥٤.
(٧) الخلاف: في اللقطة مسألة ١ ج ٣ ص ٥٧٨.
(٨) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٢.
(٩) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٣.
(١٠) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٦ س ٢٣ و٣٥.
(١١) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٤.
(١٢) كشف الرموز: في اللقطة ج ٢ ص ٤٠٩.

وجوبه لذلك وكونه شرطاً في التملّك وأنّ إمساكها من غير تعريف كإلقائها في موضعها أو غيره، بل لو لم يجب التعريف لما جاز الالتقاط، لأنّ إبقاءها في مكانها أقرب إلى وصولها إلى صاحبها، لأنّه إمّا أن يطلبها في الموضع الّذي ضاعت منه، وإمّا أن يأخذها غيره فيعرّفها، لكن قال في موضع من «المبسوط[1]»: مَن وجد لقطة نظرت فإن أراد حفظها على صاحبها لا يلزمه أن يعرّف، لأنّ التعريف إنّما يكون للتملّك، انتهى. وقد قال قبل ذلك[2]: مَن وجد لقطة فإنّها تكون في يده أمانة ويلزمه أن يعرّفها سنة، فإذا عرّفها سنة كان بعد ذلك بالخيار إن شاء حفظها على صاحبها وإن شاء تصدّق بشرط الضمان، وإن شاء تصرّف فيها وضمنها.

وزاد في «المسالك[3]» ـ وتبعه شيخنا صاحب «الرياض[4]» ـ في توجيه كلام الشيخ الّذي خالف فيه بأنّه إذا لم يقصد التملّك لم يجب التعريف ويكون مالاً مجهول المالك. وأجاب بالفرق بينه وبين المال المجهول المالك بأنّه لم يقدّر له الشارع طريقاً إلى التوصّل إلى مالكه، بخلاف محلّ الفرض فقد جعل الشارع التعريف طريقاً إليه.

وفيه خطأ من وجوه، لأنّ الشيخ لم يجعله من مجهول المالك بل قال: إذا أراد حفظه لصاحبه وإبقاءه أمانة لا يعرّفه، وكيف يجعله مجهول المالك وهذا ضائع والمجهول المالك ليس بضائع كما تقدّم بيانه مراراً، وقد جعل الشارع له طريقاً، وهو الفحص عن صاحبه حتّى يحصل اليأس فيتصدّق به عنه حينئذٍ فوراً.

وأورد عليه في «الدروس[5]» بأنّ التملّك غير واجب فكيف تجب مقدّمته؟

(١ و٢) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٢ و٣٢٠.
(٣) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥٤٤.
(٤) رياض المسائل: في اللقطة ج ١٢ ص ٤٠٩.
(٥) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٨٨.

ثمّ إن شاء تملّك أو تصدّق وضمن فيهما، وإن شاء احتفظها للمالك ولا ضمان.

ويجاب [١] بأنّه لعلّه أراد به الشرط، لكن يقال [٢] له: إذا كان التعريف واجباً بأيّ معنىً كان على مَن أراد تملّكها فكذا يجب على مَن أراد حفظها، لأنّ التملّك غير واجب فلا تجب الوسيلة إليه، فيلزم أن يكون الوجوب في محلّ الوفاق، وهو إرادة التملّك، صيانة لها عن الضياع عن صاحبها، وهذا موجود في محلّ النزاع، أعني ما إذا أراد حفظها.

قوله: ﴿ثمّ إن شاء تملّك أو تصدّق وضمن فيهما، وإن شاء احتفظها للمالك ولا ضمان﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «الخلاف [٣] والمبسوط [٤]» في موضعٍ منه و«الغنية [٥] والشرائع [٦] والنافع [٧] والتذكرة [٨] والتحرير [٩] والإرشاد [١٠] والتبصرة [١١] والدروس [١٢] واللمعة [١٣] والمسالك [١٤] والروضة [١٥] ومجمع البرهان [١٦] والمفاتيح [١٧]»

---

(١) كما في الروضة البهية: في اللقطه ج ٧ ص ١١٠.
(٢) كما في التذكرة: في تعريف اللقطة ج ٢ ص ٢٥٨ س ٨.
(٣) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٧٧ مسألة ١.
(٤) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٠.
(٥) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٣.
(٦) شرائع الإسلام: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩٢.
(٧) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٤.
(٨) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٦٠ س ٣٣.
(٩) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٣.
(١٠) إرشاد الأذهان: في اللقطة ج ١ ص ٤٤٢.
(١١) تبصرة المتعلّمين: في اللقطة ص ١٠٧.
(١٢) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٨٦.
(١٣) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٩.
(١٤) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥١٧.
(١٥) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ٩٨.
(١٦) مجمع الفائدة والبرهان: في اللقطة ج ١٠ ص ٤٤٥.
(١٧) مفاتيح الشرائع: في ما يكره ويحرم من أخذ اللقيط ج ٣ ص ١٧٦.

وغيرها[١]. وفي «الخلاف[٢] والغنية[٣]» الإجماع عليه. وهو ظاهر «التذكرة[٤]» حيث نسبه إلى علمائنا. ولا يضرّ قوله في «المبسوط[٥]»: إن شاء تصرّف، لأنّ المراد به تملّك كما صرّح به بعد ذلك في مقامٍ آخر، لكن في «المقنع[٦]» لم يذكر إلّا أنّها بعد التعريف كسبيل ماله.

واقتصر في «النهاية[٧] والسرائر[٨]» على ذكر التصرّف فيها والصدقة، ومراد «النهاية» بالتصرّف التملّك، كما صرّح به بعد ذلك وادّعى على ذلك ـ أي الحصر في الأمرين ـ في «السرائر» إجماع أصحابنا، وقال: إنّه الحقّ اليقين، ومنع من الإبقاء أمانة، وقال: إنّه مذهب الشافعي وأبي حنيفة وإنّه لم يقله أصحابنا. وأطال في بيان ذلك ما يزيد على عشرين سطراً. وقال: إنّ من قال بهذا القول لا يوجب التعريف وإنّما يوجب التعريف حتّى يتملّكها، وقال: إنّ التخيير بين الثلاثة خلاف مذهبنا وقول أصحابنا ورواياتهم، ويأتي تحقيق الحال، والغرض الآن نقل الأقوال.

واقتصر في «المقنعة[٩] والمراسم[١٠]» على ذكر التصرّف فيه فقط، ومرادهما تملّكه. وخيّره في «الوسيلة[١١]» بين أمرين لا غير: التصرّف والحفظ لصاحبه. ومن العجيب أنّ أحداً لم يحك عن هؤلاء خلافاً مع أنّ كلامَي السرائر والوسيلة نصّان

(١) كرياض المسائل: في اللقطة ج ١٢ ص ٤١٠.
(٢) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٧٨ مسألة ١.
(٣) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٣.
(٤) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٦٠ س ٣٤.
(٥) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢١.
(٦) المقنع: في اللقطة ص ٣٧٩.
(٧) النهاية: في اللقطة ص ٣٢٠.
(٨) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٢ ـ ١٠٣.
(٩) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٦.
(١٠) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦ وليس فيه لفظ «التصرّف» فراجع.
(١١) الوسيلة: في اللقطة ص ٢٧٨.

في الخلاف وغيرهما ظاهر، لأنّ مفهوم اللقب في عبارات الأصحاب حجّة وبه يثبت الوفاق والخلاف، لأنّها قيود كالتعاريف، ولا كذلك في الأخبار، لأنّها جارية مجرى كلام أهل العرف، وقد برهن عليه في محلّه.

هذا، ويشهد لابن إدريس أنّه إذا كانت تدخل في ملكه بعد الحول قهراً وأنّ القول به أشهر كما قاله في «الدروس[1]» وأنّه إجماع كما في «السرائر» فلا معنى للإبقاء أمانة، لكنّ الإجماعات الثلاثة المتقدّمة وأخبار «الخلاف» وما يحكيه كما يرويه وفتوى مَن عرفت وعدم عدّهم خلافه خلافاً ممّا لا يمكن الخروج عنه مع أنّه مقتضى الأصل، وشهرة الدروس لم نتحقّقها كما ستعرف إن شاءالله تعالى، لأنّها معارضة بشهرة «التذكرة[2] والمختلف[3] والمسالك[4] والروضة[5] والكفاية[6]» وإجماع «الغنية[7]» وكذا «التنقيح[8]» وهذه كلّها مع الإجماعات الثلاثة ممّا توهن إجماعي السرائر، مع أنّك إذا جمعت بين فتاوى السرائر لم يتحقّق التخيير بين الأمرين، إذ ليس هناك إلّا التملّك فقط. وأمّا الضمان مع الصدقة إذا كره المالك فلم يختلف فيه هنا اثنان فيما أجد وإن اختلفوا في لقطة الحرم لمكان النصوص الكثيرة الدالّة على الضمان هنا. وفي «كشف الرموز[9]» الإجماع عليه. وفي «المسالك[10]» نفي الخلاف فيه.

هذا ولم يذكر الأكثر هنا أنّ له الدفع إلى الحاكم، وسيذكره المصنّف في أواخر الثالث من الأحكام[11].

---

(١) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٨٨.

(٢) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٦١ س ٩.

(٣) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٨٦.

(٤ و ١٠) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥٣١ و ٥١٧.

(٥) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ١٢٦.

(٦) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٣٨.

(٧) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٢.

(٨) التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١١٨.

(٩) كشف الرموز: في اللقطة ج ٢ ص ٤١٢.

(١١) سيأتي بحثه مفصّلاً في ص ٧٧٨ و ٨٣٤.

ويكره التقاط ما تقلّ قيمته وتكثر منفعته كالعصا والشِظاظ والوتد والحبل والعِقال وشبهها.

[حكم التقاط ما تقلّ قيمته ويكثر نفعه]

قوله: ﴿ويكره التقاط ما تقلّ قيمته وتكثر منفعته كالعصا والشِظاظ والوتد والحبل والعِقال وشبهها﴾ كما ذكر ذلك كلّه في «النهاية[1]» ويدخل في شبهها الإداوة والسوط والنعلان. والكراهيّة في الجميع أيضاً خيرة «الشرائع[2] والنافع[3] والتذكرة[4] والتحرير[5] والمختلف[6] والدروس[7] واللمعة[8] وجامع المقاصد[9] والمسالك[10] والروضة[11]» وغيرها[12] مع التصريح في بعضها[13] بتأكّد الكراهيّة. واقتصر في «المقنعة[14]» على النصّ على كراهيّة التقاط الإداوة والسوط والنعلين. وفي «الكفاية[15]» أنّ القول بالكراهيّة في الجميع هو المشهور، وعليه الأكثر كما في «مجمع

---

(١) النهاية: في اللقطة ص ٣٢٢.
(٢) شرائع الإسلام: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩٢.
(٣) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٤.
(٤) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٦ س ٤٠.
(٥) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٤.
(٦) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٩١.
(٧ و١٣) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٨٦.
(٨) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٩.
(٩) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٥٩.
(١٠) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥٢١.
(١١) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ١٠٣.
(١٢) كمفاتيح الشرائع: في ما يكره ويحرم من أخذ اللقيط ج ٣ ص ١٧٧، ورياض المسائل: في اللقطة ج ١٢ ص ٤١٣ ـ ٤١٤.
(١٤) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٧.
(١٥) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٣٤.

البرهان[١] والمفاتيح[٢]» وهو الأشهر وعليه عامّة من تأخّر كما في «الرياض[٣]».

وحكي[٤] عن صريح الحلبي وظاهر الصدوقين أنّهم حرّموا التقاط النعلين والإداوة والسوط. وهو ظاهر «الوسيلة[٥]» قال: لا تتعرّض لها بحال، وكأنّهم لم يلحظوها. وظاهر «المراسم[٦]» تحريم الإداوة والمخصرة، لأنّه قال: لا يأخذهما بل يتركهما. وحكى المقداد[٧] عن الحلبي أنّه حرّم الشظاظ أيضاً.

وحقّق في «التنقيح» أنّه مع بلوغ القيمة في الأُمور المذكورة درهماً فما زاد لايجوز التقاطه، ومع عدم ذلك يجوز على كراهيّة شديدة تزيد على كراهيّة الالتقاط مطلقاً. وقال المقدّس الأردبيلي[٨]: ما نجد ما يدلّ على شدّة الكراهيّة في هذه بل الأمر بالعكس بمعنى أنّ الكراهية في غيرها أشدّ.

قلت: أسدّ ما يستدلّ به للمشهور على الكراهيّة وعدم التحريم ما يستفاد من فحوى مادلّ على جواز التقاط ما تكثر قيمته، ومن إطلاق قول مولانا الصادق عليه السلام[٩] بل من عمومه المتناول لما نحن فيه: «أفضل ما يستعمله الإنسان في اللقطة إذا وجدها أن لا يأخذها ولا يتعرّض لها» ومن حسنة حريز عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لا بأس بلقطة العصا والشظاظ والوتد والحبل والعقال وأشباهه. قال: وقال أبو جعفر عليه السلام: ليس لهذا طالب[١٠]. فتدخل الثلاثة في «أشباهه» وقول مولانا الباقر عليه السلام

(١ و٨) مجمع الفائدة والبرهان: في اللقطة ج ١٠ ص ٤٧٢ ـ ٤٧٣.

(٢) مفاتيح الشرائع: في ما يكره ويحرم من أخذ اللقيط ج ٣ ص ١٧٧.

(٣) رياض المسائل: في اللقطة ج ١٢ ص ٤١٤.

(٤) حكاه عنهم الشهيد في الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٨٦، والعلّامة في المختلف: في اللقطة ج ٦ ص ٩٠.

(٥) الوسيلة: في اللقطة ص ٢٧٨.

(٦) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦.

(٧) التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١١٩.

(٩) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ٩ ج ١٧ ص ٣٥١.

(١٠) وسائل الشيعة: ب ١٢ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٦٢.

«ليس لهذا طالب» معناه أنّ هذه الأشياء حقيرة فلا يطلبها مالكها، لأنّ العادة تقضي بإعراضه عنها، فيكون ذلك في الحقيقة إباحة من المالك. وله وجه آخر ستسمعه إن شاء الله تعالى. ويأتي الكلام في أنّ ذلك لا ينافي الكراهيّة، معتضداً ذلك كلّه بالشهرة المعلومة، بل هو إجماع معلوم من المتأخّرين، وعلى شدّة الكراهيّة في الثلاثة بذهاب هؤلاء الأعاظم إلى الحرمة، وبخبر عبدالرحمن قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن النعلين والإداوة والسوط يجده الرجل في الطريق أينتفع به؟ قال: لا يمسّه[1]. حيث عدل عن النهي عن الانتفاع به إلى النهي عنه بأبلغ وجه، وهو مسيسه، وهو حجّة الجماعة على الحرمة، وهو معارض بما عرفت ممّا هو أقوى منه بحيث صرف فيه النهي إلى الكراهيّة وشدّتها.

وعساك تقول: إنّ الحسنة كالصريحة في نفي الكراهيّة عمّا تقلّ قيمته وتكثر فائدته، بل عمّا اشتملت عليه رواية عبدالرحمن لمكان التعليل ونفي البأس فضلاً عن شدّتها، لأنّا نقول: قد عرفت أنّ شدّة الكراهيّة في الثلاثة لمكان فتوى الأعاظم بالحرمة، ثمّ إنّا نجدهم من عليّ بن بابويه وولده والمفيد والشيخ وسلّار وابن حمزة والحلبي معرضين عن الحسنة في خصوص نفي الكراهيّة ناظرين إلى الخبر عاملين به كراهيّة أو تحريماً، وما ذاك إلّا لأنّ الحسنة مخالفة بظاهرها لأخبار الباب وإجماع الأصحاب، إذ هما متّفقان على كراهيّة اللقطة مطلقاً كما تقدّم الكلام فيه مسبغاً في الفصل الثاني[2]. وستسمع الوجه في هذا التعليل. والخبر موافق للإجماع والأخبار الأُخر وخصوص خبر داود بن أبي يزيد المرسل في «الفقيه[3]» فإنّهما متّحدان متناً، ثمّ إنّه ليس في سنده ما يفتّ في عضده إلّا القاسم بن محمّد، وهو هنا

(١) وسائل الشيعة: ب ١٢ من أبواب اللقطة ح ٢ ج ١٧ ص ٣٦٣.
(٢) تقدّم الكلام فيه في ص ٦٢٢ ـ ٦٢٥.
(٣) من لا يحضره الفقيه: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩٥ ح ٤٠٥٨.

الجوهري بقرينة رواية الحسين بن سعيد عنه، وحديثه قويّ معتبر. وأمّا أبان بن عثمان فلم نتحقّق ناووسيّته كما مرّ مراراً، فاندفع ما قاله المولى الأردبيلي [١].

ويبقى الكلام في شدّة الكراهيّة فيما عدا الثلاثة، ولعلّه لتنقيح المناط والمنقّح له العقل، لاشتراك الجميع في كثرة الفائدة وقلّة القيمة وعدم قصد الاكتساب بها، فكان أخذها غالباً خالياً عن الاكتساب والفائدة أو لمكان الإيماء إلى العلّة المنصوصة، وهو قول الباقر عليه السلام: «ليس لهذا طالب» بأن يكون معناه أنّ الناس الملتقطين لا يطلبونه، لأنّه لا اكتساب فيه مع قلّة قيمته وكثرة فائدته لمالكه. ولعلّ الأصحاب من هنا أخذوا هذا العنوان. ثمّ إنّ القائل بشدّة الكراهيّة في الجميع إنّما هو المصنّف في ظاهر «الإرشاد [٢]» وصريح «التذكرة [٣]» والشهيدان في صريح «الدروس [٤] والروضة [٥]» ولا رابع لهما فيما أجد، إلّا أن تقول إنّه يستفاد من التنصيص عليها شدّة كراهيّتها.

ومن الغريب قوله في «المسالك [٦]»: إنّ وجه الكراهيّة في العصا والشظاظ والحبل والوتد والعقال النهي عنها المحمول على الكراهيّة، إذ لا نجد هذا النهي في أخبار الباب، وهي ثلاثة لا رابع لها، ولعلّه نظر إلى العلّة الّتي فهمناها. وأمّا خبرا عبدالرحمن فهما واردان في ثلاثة أشياء.

وأمّا تحقيق التنقيح فإنّه جمع فيه بين خبري عبدالرحمن وداود وبين حسنة حريز فنزّل الأوّلين على ما إذا بلغ درهماً فما زاد، والأخير على ما دون ذلك، وهو على شدّة بُعده جمع لا شاهد عليه، مع أنّه خرق على الظاهر فيما أجد للإجماع

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في اللقطة ج ١٠ ص ٤٧٢.
(٢) إرشاد الأذهان: في اللقطة ج ١ ص ٤٤٣.
(٣) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٦ س ٤٠.
(٤) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٨٦.
(٥) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ١٠٣.
(٦) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥٢١.

وأخذ اللقطة مطلقاً مكروه، ويتأكّد للفاسق، وآكد منه المعسر، ويستحبّ الإشهاد.

(المطلب الثاني) في الأحكام، وهي أربعة:

الأوّل: التعريف، وهو واجب ـ وإن لم ينو التملّك ـ

المركّب. ولبعضهم[1] في المقام كلمات أُخر لا ينبغي أن تسطّر.

والإداوة بالكسر المطهرة به أيضاً. والمخصرة بالخاء المعجمة ما اختصره الإنسان بيده فأمسكه من عصا ونحوها. والشظاظ بالكسر خشبة محدّدة الطرف تدخل في عروة الجوالقين. والوتد بكسر الوسط، والعقال بكسر العين.

قوله: ﴿وأخذ اللقطة مطلقاً مكروه، ويتأكّد للفاسق، وآكد منه المعسر، ويستحبّ الإشهاد﴾ قد تقدّم الكلام[2] في ذلك كلّه إلّا المعسر، وقد صرّح بتأكّد الكراهيّة له جماعة كالمحقّق[3] والمصنّف في «التحرير[4] والإرشاد[5]» والشهيدين[6]، لأنّ التقاطه يضرّ بحال المالك إذا ظهر وقد تملّك، بل قد تدعوه نفسه لمكان العسر إلى الخيانة، وإن اجتمع الفسق والإعسار تزيد الكراهيّة. وفي «مجمع البرهان» أنّه يشكل إثبات حكم شرعي بمثل ذلك[7].

﴿المطلب الثاني: في الأحكام﴾

[في وجوب تعريف اللقطة سنة]

قوله: ﴿وهي أربعة، الأوّل: التعريف، وهو واجب وإن لم ينو

---

(١) كما في الرياض: في اللقطة ج ١٢ ص ٤٠١. (٢) تقدّم في ص ٥٠٣ ـ ٥٠٤ وفي ص ٧٠٨ ـ ٧١٠.

(٣) شرائع الإسلام: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩٣. (٤) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٣.

(٥) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٣.

(٦) اللمعة الدمشقية: في لقطة المال ص ٢٣٩، والروضة البهية: في لقطة المال ج ٧ ص ١٠٥ ـ ١٠٦.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٧١.

سنة من حين الالتقاط.

التملّك﴾ قد تقدّم الكلام[1] فيه آنفاً.

قوله: ﴿سنة من حين الالتقاط﴾ قد طفحت عباراتهم بوجوب التعريف سنة وحولاً كاملاً من «المقنع[2] إلى الرياض[3]» وقد حكي عليه الإجماع في «الخلاف[4] والمبسوط[5] والغنية[6]» وظاهر «التذكرة[7]» وبه استفاضت الأخبار[8].

وأمّا كون وجوبه من حين الالتقاط إن أمكن بلا فصل فقد صرّح به في «التذكرة[9] والتحرير[10] والدروس[11] وجامع المقاصد[12] والمسالك[13] والروضة[14]» وكذا «مجمع البرهان[15]» وهو ظاهر الباقين وظاهر أخبار الباب، ففي حسنة محمّد[16] عن أبي جعفر عليه السلام وصحيحته عن أحدهما عليهما السلام: «فإن ابتليت فعرّفها سنة»[17] وما خلا عن الفاء يحمل على معناها. وليس في أخبارنا «ثمّ» كما ادّعاه في «المسالك[18]» لكنّ هذه الفاء إنّما أتى بها للربط خاصّة ولا تدلّ على التعقيب وإن ذكره في «التحرير[19]» كما ستعرف. نعم يمكن أن يستدلّ عليه بما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنّه أمر به وقال:

---

(١) تقدّم في ص ٧٣٢ ـ ٧٥٢. (٢) المقنع: في اللقطة ص ٣٧٩.
(٣) رياض المسائل: في اللقطة ج ١٢ ص ٤٠٦.
(٤) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٧٧ ـ ٥٧٨ مسألة ١.
(٥) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٢. (٦) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٣.
(٧) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٨ س ١٥.
(٨) الوسائل: ب ٢ من أبواب اللقطة ج ١٧ ص ٣٤٩.
(٩) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٨ س ١٢ ـ ١٣.
(١٠ و١٩) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٩. (١١) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٨٨.
(١٢) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٦١.
(١٣ و١٨) مسالك الأفهام: في أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٥٤٢ و٥٤٥.
(١٤) الروضة البهية: في لقطة المال ج ٧ ص ٩٧.
(١٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٥٦.
(١٦ و١٧) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ١٠ و٣ ج ١٧ ص ٣٥١ و٣٥٠.

وزمانه: النهار دون الليل،

لاتكتم ولا تغيب[١]. وأنّ التأخير وسيلة إلى أن لا يعرفها صاحبها، فإنّ الظاهر أنّ صاحبها بعد الشهر أو الأشهر ييأس منها ويسلو عنها ويترك طلبها كما سيظهر لك فيما يحصل به التعريف، وبعد فلنا في ذلك كلّه تأمّل يظهر وجهه ممّا يأتي.

قال في «التذكرة»: فلو أخّرها عن الحول الأوّل مع الإمكان أثم، ولا يسقط التعريف بتأخيره عن الحول الأوّل، لأنّه واجب ولا يسقط بتأخيره عن وقته كالعبادات وسائر الواجبات[٢]، انتهى. وهذا يقضي بوجوب القضاء في سائر الواجبات، وهو غير ظاهر، ولو لا أنّه يظهر من «التذكرة» دعوى الإجماع على ذلك حيث لم ينسب الخلاف إلّا لأحمد لكان القول بسقوطه قويّاً، فيصير كالمال المجهول المالك يتصدّق به، وفي خبر[٣] العبدي[٤] عن يونس ما يدلّ على ذلك. ويأتي تمام الكلام[٥] في أنّه هل له أن يتملّك إذا أخّر أم لا؟

[في أنّ زمان تعريف اللقطة النهار]

قوله: ﴿وزمانه: النهار دون الليل﴾ هذا هو المتبادر من الأخبار والموافق

(١) سنن ابن ماجة: ج ٢ ص ٨٣٧ ح ٢٥٠٥. (٢) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٦٠ س ٢٠.

(٣) وسائل الشيعة: ب ٧ من أبواب اللقطة ح ٢ ج ١٧ ص ٣٥٧.

(٤) الظاهر أنه العبيدي والمراد به محمّد بن عيسى بن عُبيد، وقد اختلفت الآراء في وثاقته وضعفه، روى عن يونس بن عبدالرحمن عن الرضا عليه السلام وقد سئل عن متاع بقي لقوم من قوم سافر معهم لايبقى لهم منهم أثر ولا عين، قال عليه السلام: إذا كان كذلك منعه وتصدّق بثمنه، قال له: على مَن؟ قال على أهل الولاية (على ما في التهذيب) (على أصحابك على ما في الكافي). راجع التهذيب: ج ٦ ص ٣٩٥ ح ٢٩، والكافي: ج ٥ ص ٣٠٩. والخبر كما ترى وارد فيما إذا تعذّر التعريف لعدم وجود أثر أو علامة من صاحب المال ومحلّ البحث ما إذا أخّر التعريف تسامحاً وتهاوناً فليس في الخبر ما يدلّ على سقوط التعريف بالتأخير، فراجع وتأمّل.

(٥) سيأتي في ص ٧٧٩ ـ ٧٨١.

ولا يجب التوالي،

للاعتبار، وبه صرّح في «المبسوط[١]» وغيره[٢]. وقالوا أيضاً: وقت الغداة والعشيّ.

[في عدم وجوب التوالي في التعريف]

قوله: ﴿ولا يجب التوالي﴾ كما صرّح به في «المبسوط[٣] والشرائع[٤] والتذكرة[٥] والتحرير[٦] واللمعة[٧] وجامع المقاصد[٨] والمسالك[٩] والروضة[١٠] ومجمع البرهان[١١]» وهو معنى كلام «الدروس[١٢]» في بيان التعريف. وفي «الكفاية» نسبته إلى الأصحاب[١٣].

وهذا التوالي المحكوم بكونه غير واجب وغير شرط له تفسيران، أحدهما: أنّ المراد به استيعاب وقت الحول بالتعريف، وذلك غير شرط اتّفاقاً كما في «المسالك[١٤] والمفاتيح[١٥]» ولا كلّ يوم لإطلاق الأمر، فيرجع إلى ما يعدّ تعريفاً عرفاً، وهو يتحقّق بدون ذلك. الثاني: أنّ المراد به توالي التعريف في الحول الواحد بحيث يقع التعريف المعتبر في اثني عشر شهراً متوالية، فإنّ ذلك غير لازم، بل يجوز تعريفه بأن يعرّف

(١ و٣) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٢.
(٢ و١٢) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٨٨.
(٤) شرائع الإسلام: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩٤.
(٥) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٨ س ٢٧.
(٦) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٧٠.
(٧) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٤٠.
(٨) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٦٠.
(٩ و١٤) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥٤٠.
(١٠) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ٩٦ ـ ٩٧.
(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في اللقطة ج ١٠ ص ٤٥٧.
(١٣) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٣٩.
(١٥) مفاتيح الشرائع: في اشتراط التعريف في تملّك اللقيط ج ٣ ص ١٧٨.

بل يعرّف كلّ يوم في الابتداء، ثمّ كلّ أُسبوع، ثمّ كلّ شهر، بحيث لا ينسى أنّه تكرار لما مضىٰ،

شهرين ويترك شهرين وهكذا، بحيث يجتمع من الأشهرالمعرّف فيها تمام الحول. وبهذا المعنى صرّح في «التذكرة» مفسّراً به معنى التوالي الّذي ليس بواجب، وشبّهه بما لو نذر صوم سنة فإنّه يجوز له أن يوالي وأن يفرّق بحيث يجتمع له صيام اثني عشرشهراً[1]، انتهى. فليتأمّل فيه فإنّ ما يأتي قد ينافيه من أنّ الضابط كونه لا ينسى.

قوله: ﴿بل يعرّف كلّ يوم في الابتداء، ثمّ كلّ أُسبوع، ثمّ كلّ شهر بحيث لا ينسىٰ أنّه تكرار لما مضىٰ﴾ أمّا أنّه يعرّف كلّ يوم في الابتداء إلى سبعة أيّام ثمّ في بقية الشهر في كلّ أُسبوع ثمّ في كلّ شهر إلى آخر الحول فقد قال في «مجمع البرهان»: إنّه المشهور[2]. ونسب في «الكفاية» إلى الأصحاب أنّه يعرّف في الابتداء كلّ يوم مرّة ثمّ كلّ أُسبوع ثمّ كلّ شهر كذلك أي مرّة[3]. وهو خيرة «الروضة[4] والمفاتيح[5]» وكذا «جامع المقاصد[6]». وقال في «الدروس»: إنّه يعرّف كلّ يوم مرّة أو مرّتين من الأُسبوع الأوّل ثمّ في الأُسبوع الثاني مرّة ثمّ في الشهر مرّة[7]. وقال في «التذكرة»: إنّه يعرّف في الابتداء في كلّ يوم مرّتين في طرفي النهار ثمّ في كلّ يوم مرّة ثمّ في كلّ أُسبوع مرّة أو مرّتين ثمّ في كلّ شهر بحيث

---

(١) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٨ س ٢٧.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في اللقطة ج ١٠ ص ٤٥٨.

(٣) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٣٩.

(٤) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ١٠٩.

(٥) مفاتيح الشرائع: في اشتراط التعريف في تملّك اللقيط ج ٣ ص ١٧٨.

(٦) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٦٠.

(٧) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٨٨.

لا ينسى كونه تكرار الماضي[١]. ولعلّ مراده أنّه يعرّف في الأُسبوع الأوّل كلّ يوم مرّتين، وفي الأُسبوع الثاني كلّ يوم مرّة، ثمّ فيما بقي من أسابيع الشهر كلّ أُسبوع مرّة، ثمّ في كلّ شهر مقدار ما لا ينسى، وكأنّه يكتفى فيه بالمرّة والمرّتين.

ولعلّهم إنّما يعتبرون هنا الشهر ثلاثين يوماً، وإلّا فلا يتمّ في الهلالي إذا كان في آخره أو بعد مضي أُسبوع أو أكثر أو أقلّ. ولعلّهم إنّما اعتبروا التكرار في الأُسبوع الأوّل، لأنّ مالكه يهتمّ بطلبه في أوّل الأُسبوع كما قاله في «المبسوط[٢]».

وأمّا عبارة الكتاب فلعلّ معناها أنّه يعرّف كلّ يوم مرّة من الأُسبوع الأوّل، لأنّ الظاهر أنّ المراد أسابيع الشهر، وأنّه يكتفى بتعريف واحد في كلّ أُسبوع بعده إلى تمام الشهر، فيكون الشهر الأوّل مستوعباً بالأيّام ثمّ بالأسابيع ثمّ إنّه يعرّف في كلّ شهر مقدار ما لا ينسى. وفهم المحقّق الثاني منها أنّه يكتفى بالشهر الثاني بتعريف واحد في مجموع الشهر الثاني، وكذا في كلّ شهر بعده، فالتعريف واحد وعشرون مرّة على ما فهمه. ولعلّ مولانا الأردبيلي والخراساني أشارا بالمشهور والأصحاب إليها وإلى الروضة، لكن يرد على ما فهموه منها وعلى عبارة التذكرة أنّه حينئذٍ لا محصل لقوله: «بحيث لا ينسى» لأنّ التعريف الّذي ذكره إن كان بحيث لا ينسى كون الثاني منه تكراراً لما مضى فلا معنى للتقييد، وإن لم يكن كان غير معتبر وكان التقييد غير صحيح، إلّا أن تقول: إنّه أشار بالحيثيّة إلى معنىً آخر، وهو أنّ المذكور بخصوصه غير واجب، فكأنّه قال: إنّ الواجب التعريف بهذا وما جرى مجراه. والضابط كونه بحيث لا ينسى كما قال في «الدروس» بعد ما حكيناه عنه: والضابط أن يتابع بينهما بحيث لا ينسى اتّصال الثاني بمتلوّه[٣] وكما قال في

---

(١) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٨ س ١١.

(٢) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٢.

(٣) الدروس الشرعية: في اللقطة درس ٢١٧ ج ٣ ص ٨٨.

وإيقاعه عند اجتماع الناس وظهورهم كالغدوات والعَشيّات وأيّام المواسم والمجتمعات كالأعياد وأيّام الجُمع ودخول القوافل. ومكانه: الأسواق وأبواب المساجد والجوامع ومجامع الناس.

«الروضة»: إنّ المعتبر ظهور أنّ التعريف التالي تكرار لما سبق [١]. وقال في «الكفاية»: اعتبر الأصحاب أن يقع على وجه لا ينسى [٢]. وقد تكون الباء الداخلة على «حيث» للتعليل كقوله (قد سقيت آبالهم بالنار) [٣] فيكون المعنى يعرّفها كذلك لأجل أن يكون التعريف في مكان لا ينسى، لأنّ «حيث» ظرف مكان.

هذا وفي «السرائر [٤] والتحرير [٥]» أقلّ ما يعتبر في الأُسبوع دفعةً واحدة. وفي «مجمع البرهان» يبعد صدق التعريف في السنة مع إيقاعه في أحد عشر شهراً كلّ شهر مرّة، وينبغي ملاحظة العرف وعدم الخروج عن ظاهر الروايات. ففي صحيحة يعقوب: «فإنّ صاحبها الّذي يجدها يعرّفها سنة في كلّ مجمع» [٦] فإنّه قد يُفهم منه في كلّ جمعة إن كان البلد تقام فيه الجمعة [٧].

[في أنّ مكان التعريف عند المجامع]

قوله: ﴿وإيقاعه عند اجتماع الناس وظهورهم كالغدوات والعشيّات وأيّام المواسم والمجتمعات كالأعياد وأيّام الجُمع ودخول القوافل. ومكانه: الأسواق وأبواب المساجد والجوامع ومجامع الناس﴾ لأنّ

---

(١) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ١٠٩. (٢) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٣٩.

(٣) هذا شطر البيت، وأمّا عجزه فهو: والنار قد تشفي من الأُوار. راجع مغني اللبيب: ج ١ ص ١٠٣ رقم ١٤٥، الصحاح: ج ٢ ص ٨٣٩. (٤) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١١٢.

(٥) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٧٠ ونسبه فيه إلى قيل.

(٦) وسائل الشيعة: ب ٢٨ من أبواب مقدّمات الطواف ح ١ ج ٩ ص ٣٦١.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في اللقطة ج ١٠ ص ٤٥٨.

ويتولّاه بنفسه ونائبه وأجيره،

الغرض إشاعة ذكرها وإظهارها ليظهر عليها مالكها.

وقد جعل في «المبسوط[١] والسرائر[٢]» الكلام فيها في ثلاثة أشياء: وقت التعريف وزمانه وكيفيّته، فقالا: وقت التعريف أن تعرّف بالغداة والعشيّ وقت بروز الناس، ولا تعرّف بالليل، ولا عند الظهيرة والهاجرة. قالا: وأمّا الزمان فأن تعرّف في الجماعات والجمعات، وأن يقف على أبواب الجوامع ولا يعرّفها داخلها، فتأمّل. ولم يذكرا مكانه، وسيأتي[٣] أنّه في موضع الالتقاط.

قوله: ﴿ويتولّاه بنفسه ونائبه وأجيره﴾ قال في «التذكرة»: يجوز أن يولّيه غلامه وولده ومَن يستعين به ويستأجره عليه لا نعلم فيه خلافاً[٤]. وفي «المسالك» أنّ ذلك كلّه محلّ وفاق[٥]. وفي «الإيضاح» يجوز التعريف بنائبٍ إجماعاً[٦]. وممّا صرّح فيه بجواز النيابة والاستعانة «المبسوط[٧] والسرائر[٨] والشرائع[٩] والتذكرة[١٠] والتحرير[١١] والدروس[١٢] واللمعة[١٣] وجامع المقاصد[١٤] والمسالك[١٥]

(١ و٧) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٢.

(٢) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١١٢.

(٣) يأتي في ص ٧٦٩ ـ ٧٧١.

(٤ و١٠) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٨ س ٣٨.

(٥ و١٥) مسالك الأفهام: في أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٥٤٢.

(٦) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٥٥.

(٨) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١١٢.

(٩) شرائع الإسلام: في أحكام اللقطة ج ٣ ص ٢٩٥.

(١١) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٧٠.

(١٢) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٨٩.

(١٣) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٤٠.

(١٤) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٦٢.

والروضة[١] والكفاية[٢] والمفاتيح[٣]» لأنّ الغرض الإشهار والإعلان، وهو يحصل بأيّ شخص كان.

وفي «مجمع البرهان[٤]» أنّ ظاهر العبارات والروايات أنّ الملتقط يعرّفها بنفسه. قلت: هذه عبارات الأصحاب. وأمّا قولهم عليهم السلام: «فإنّ صاحبها يعرّفها»، و«إذا ابتليت فعرّفها» فإنّما هو مثل قولهم: إذا أصاب ثوبك نجاسة فاغسله، إذ من المعلوم أنّ ذلك ليس بعبادة كما هو واضح. وأمّا قوله في «التذكرة»: ليس للملتقط تسليم اللقطة إلى غيره إلّا بإذن الحاكم، فإن فعل ضمن إلّا مع الحاجة بأن يريد السفر، أو لا يجد حاكماً يستأذنه، أو التقط ولم يتمكّن من حفظها، فإنّه تجوز له الاستعانة بغيره[٥] فلا ينافي ذلك، فإنّ تعريف الغير لها وهي في يد الملتقط غير إيداعها عند الغير واستيمانه عليها إن سلّمنا له ذلك.

هذا، وقال في «التذكرة»: ينبغي أن يتولّى التعريف شخصٌ أمينٌ ثقةٌ عاقلٌ غير مشهور بالخلاعة واللعب، ولا يتولّاه الفاسق لئلّا تفقد فائدة التعريف، وهذا على الكراهة دون التحريم[٦]. وقال في «جامع المقاصد»: لكن لا يركن إلى مجرّد قول غير العدل، بل لابدّ من اطّلاعه واطّلاع مَن يُعتمد على خبره[٧].

قلت: وهل إخبار مَن يُعتمد على خبره من باب الشهادة أو من باب الخبر؟ احتمالان أقواهما الأوّل. وفي «المسالك[٨] والروضة[٩]» يشترط في النائب العدالة أو الاطّلاع على تعريفه المعتبر شرعاً.

(١ و٩) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ٩٧.

(٢) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٤٠.

(٣) مفاتيح الشرائع: في اشتراط التعريف في تملّك اللقيط ج ٣ ص ١٧٩.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٥٩.

(٥ و٦) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٩ س ١٣ ـ ١٥.

(٧) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٦٢.

(٨) مسالك الأفهام: في أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٥٤٢.

والاُجرة عليه

[في أنّ مؤنة التعريف على الملتقط]

قوله: ﴿والاُجرة عليه﴾ كما هو قضيّة إطلاق «المبسوط[١] والسرائر[٢]» وصريح «التحرير[٣] والدروس[٤] والكفاية[٥]» لأنّ التعريف حقّ واجب عليه فيكون اُجرته عليه.

وقال في «التذكرة»: لو قصد الحفظ حين الالتقاط أبداً فالأقرب أنّه لا يجب على الملتقط اُجرة التعريف، بل يرفع الأمر إلى الحاكم ليبذل اُجرته من بيت المال، أو يستقرض على المالك، أو يأمر الملتقط بالاقتراض ليرجع، أو يبيع بعضها إن رآه أصلح، أو لم يمكن إلّا به[٦]. واستوجهه في «جامع المقاصد» لأنّ ذلك لمحض مصلحة المالك، ولأنّه محسن، و﴿ما على المحسنين من سبيل﴾[٧] فهو كالإنفاق. قال: فإن قيل: ليس التعريف لمحض مصلحة المالك، لأنّه بعد حصوله يسوغ له التملّك وإن لم يقصده، فيكون لمصلحته أيضاً. قلنا: المقصود بالذات في ذلك مصلحة المالك، ومصلحة الملتقط بالتبعيّة غير مقصودة. فعلى هذا لو لم يجد الحاكم يمكن أن يقال: يدفع الاُجرة ويرجع إذا نوى الرجوع[٨].

قلت: إذا كان أخذها مكروهاً منهيّاً عنه في الأخبار معلّلاً بأنّ الناس لو تركوها لجاء صاحبها فأخذها كيف يكون أخذها لمحض مصلحة المالك وأنّه محسن إليه؟ فقول الشيخ ومَن وافقه على إطلاقه أشبه بالمذهب. نعم يتمّ ذلك فيما إذا عرف أنّها تتلف.

---

(١) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٣.
(٢) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١١٢.
(٣) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٧٠.
(٤) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٨٩.
(٥) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٤٠.
(٦) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٨ س ٤٢.
(٧) التوبة: ٩١.
(٨) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٦٢.

وإن نوى الحفظ.

والأقرب الاكتفاء بقول العدل الواحد،

وقضيّة كلام مَن تعرّض لذلك وصريح «التـذكرة» أنّه إن كان أخذها للتملّك كانت مؤنة التعريف عليه وإن ظهر المالك، لأنّه إنّما فعل ذلك لمصلحة نفسه خاصّة [١].

[في وجوب الاكتفاء بالعدل الواحد]

قوله: ﴿والأقرب الاكتفاء بقول العدل الواحد﴾ أي إذا أخبر العدل الواحد أنّه عرّفها فإنّه يكتفى بقوله سواء كان متبرّعاً أو بأُجرة. وفي «جامع المقاصد» أنّ فيه قوّة [٢]. وكأنّه لا ترجيح في «الإيضاح [٣]». قلت: الأقرب أقرب، لقوله جلّ شأنه: ﴿ويؤمن للمؤمنين﴾ [٤] والمؤمن وحده حجّة، والأصل صيانة المسلم عن الكذب، لأنّ الأصل الصحّة في أقواله وأفعاله، إذ لا منازع له، وأنّه بالاستنابة صار له ولاية، وأنّ مثل ذلك ممّا تعسر إقامة البيّنة عليه، فيلزم الحرج، وهذا من باب الإخبار يكتفى فيه بخبر الواحد، لأنّه أخبر عن حكم شرعي غير مختصّ بمعيّن، وليس إخباراً بحقٍّ مخصوص لازم للغير حتّى يكون من باب الشهادة، فتأمّل. وأمّا المخبر بأنّي قد اطّلعت على تعريفه حولاً فهو من باب الشهادة كما تقدّم. ولم يبق للوجه الآخر إلّا أصل عدم التعريف والذمّة مشغولة به، وهو مقطوع بما عرفت والذمّة تبرأ بذلك كما هو الشأن في أمثاله.

ولا فرق في ذلك بين المتبرّع وغيره. واستلزامه في الثاني ثبوت حقّ له على الغير لا يقضي بتهمته وردّ خبره، إذ العسر والحرج يقضيان بأنّه مثل الّذي لا يعلم إلّا من قِبله، على أنّا إذا قلنا بسقوط التكليف بالتعريف بإخباره بالنسبة إلى

---

(١) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٨ س ٤٠.
(٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٦٣.
(٣) إيضاح الفوائد: في اللقطة ج ٢ ص ١٥٥.
(٤) التوبة: ٦١.

ففي وجوب الأُجرة حينئذٍ نظر. ويذكر في التعريف الجنس كالذهب أو الفضّة،

الملتقط وأنّ له التملّك وبعدم شغل ذمّته بالأُجرة ارتفعت التهمة، وكم من موضع حكمنا فيه بثبوت أحد المعلولين دون الآخر، فتدبّر*.

قوله: ﴿ففي وجوب الأُجرة حينئذٍ نظر﴾ يعني على القول بالاكتفاء بخبر العدل هل تجب الأُجرة فيه نظر، ينشأ من أنّ الاكتفاء بقوله في التملّك وسقوط التعريف يقتضي وقوع الفعل الّذي هو متعلّق الأُجرة لترتّبها على وقوعه، لأنّه معلول آخر، والحكم بثبوت أحد المعلولين يستلزم الحكم بثبوت الآخر، ومن أنّه إيجاب مال على الغير بمجرّد الدعوى وإن قبل قوله في سقوط التكليف بالنسبة إلى الملتقط الّذي لولاه لزم الحرج. وقوّى في «الإيضاح» عدم وجوب الأُجرة[1]. وفي «جامع المقاصد» أنّه الأصحّ[2]. ولعلّ الأقوى والأصحّ ثبوت الأُجرة، لأنّه لمكان الحرج والعسر في إقامة البيّنة يصير كالأعمال الّتي لا يعلم الإتيان بها إلّا من قِبله، فإنّها يكتفى فيها بقوله كما تقدّم.

[في وجوب ذِكر جنس اللقطة]

قوله: ﴿ويذكر في التعريف الجنس كالذهب أو الفضّة﴾ ومعناه أنّه لا يذكر في التعريف الأوصاف، بل ينبغي أن يقتصر على الجنس بدليل ما بعده، كذا

---

* ـ بيان ذلك: أنّ التملّك معلول لوجوب التعريف وثبوت الأُجرة معلول له والحكم بثبوت أحد المعلولين يستلزم الحكم بثبوت الآخر. (منه)

---

(١) إيضاح الفوائد: في اللقطة ج ٢ ص ١٥٦.

(٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٦٣.

وإن أوغل في الإبهام كان أحوط، بأن يقول: مَن ضاع له مالٌ أو شيء.
وينبغي أن يعرّفها في موضع الالتقاط،

قال في «جامع المقاصد[١]» لكنّ في «التذكرة[٢] والتحرير[٣] والدروس[٤]» أنّه إن ذكر الجنس في التعريف جاز مع التصريح في بعضها بأنّ الإيغال أحوط كما ستسمع.

قوله: ﴿وإن أوغل في الإبهام كان أحوط، بأن يقول: مَن ضاع له مالٌ أو شيء﴾ كما في «المبسوط[٥] والسرائر[٦] والشرائع[٧] والتذكرة[٨] والكفاية[٩] والمفاتيح[١٠]». وفي «التحرير[١١]» أنّه أولى. وكذا «الدروس[١٢]» قلت: لو تعرّض لبعض صفاتها في موضع الأمن من التلبّس ليتنبّه لها المالك فلا بأس بشرط أن لا يستقصي في الوصف، وفي رواية سعيد بن عمرو «مَن يعرف الكيس»[١٣] وقد وجد كيساً فيه سبعمائة دينار، وأقرّه الصادق عليه السلام على ذلك، فيكون مثله جائزاً.

[في أنه هل تعرّف في موضع الالتقاط؟]

قوله: ﴿وينبغي أن يعرّفها في موضع الالتقاط﴾ كما في «التحرير[١٤]»

---

(١) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٦٤.
(٢ و٨) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٨ س ٣١ و٣٠.
(٣ و١١ و١٤) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٧٠.
(٤ و١٢) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٨٩.
(٥) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٢.
(٦) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١١٢.
(٧) شرائع الإسلام: في أحكام اللقطة ج ٣ ص ٢٩٤.
(٩) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٤٠.
(١٠) مفاتيح الشرائع: في اشتراط التعريف في تملّك اللقيط ج ٣ ص ١٧٨.
(١٣) وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٥٦.

لكن ظاهر «التذكرة[١] والدروس[٢]» وصريح «جامع المقاصد[٣]» أنّ الحكم على سبيل الوجوب، لأنّ طلب الشيء في موضع فقدانه أكثر، وهذا التعليل يقضي بالاستحباب، وقد استدلّ عليه ـ أي الوجوب ـ في الأخير بموثّقة إسحاق بن عمّار عن الكاظم عليه السلام عن رجل نزل في بعض بيوت مكّة فوجد فيها نحواً من سبعين ديناراً مدفونة فلم تزل معه ولم يذكرها حتّى قدم الكوفة كيف يصنع بها؟ قال: يسأل عنها أهل المنزل لعلّهم يعرفونها. قلت: فإن لم يعرفوها؟ قال: يتصدّق بها[٤]. وسؤال أهل المنزل ليس بالتعريف المعروف، ولهذا يدفع إليهم من غير بيّنة ولا وصف تعبّداً إجماعاً، وقد حكم فيه بأنّه يتصدّق بها إن لم يعرفوها، والأصحاب أطلقوا أنّه حينئذٍ للواجد، وبعضهم[٥] قيّده بانتفاء أثر الإسلام وإلّا فلقطة، ولعلّهم يحملون التصدّق به على الاستحباب. وكيف كان، فدلالته على ما نحن فيه كما ترى. ثمّ إنّه قد يرشد إلى الاستحباب قولهم[٦]: إنّه إذا التقطها في الصحراء لا يلزمه أن يغيّر قصده ويعدل إلى أقرب البلاد إلى ذلك الموضع أو يرجع إلى مكانه الّذي أنشأ السفر منه. وهذا يقضي بأنّه إذا التقطها في غير بلده لا يجب عليه الإقامة اُسبوعاً أو أكثر أو أقلّ ليحصل الإشهار والإعلان، إذ من المعلوم أنّ المرّة والمرّتين في حكم ما لا أثر له.

ويرشد إلى الوجوب الخبر[٧] فيمن وجد متاع شخص معه ولم يجده حتّى جاء إلى الكوفة ولم يعرفه صاحبه، قال أبو الحسن عليه السلام: فإذا كان كذلك فبعه وتصدّق به، إذ يُفهم أنّ التعريف في غير بلد الالتقاط لا فائدة فيه، وقولهم[٨]: إنّه لا يجوز أن

---

(١) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٩ س ٧.

(٢) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٨٨. (٣) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٦٤.

(٤) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب اللقطة ح ٣ ج ١٧ ص ٣٥٥.

(٥) كالشهيد في الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ١٢١.

(٦) كما في تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٠٩ س ٨، وسيأتي قريباً.

(٧) راجع الوسائل: ب ٧ من أبواب اللقطة ح ٢ ج ١٧ ص ٣٥٧.

(٨) كما في التذكرة: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٩ س ٨، وجامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٦٤.

ولا يجوز أن يسافر بها فيعرّفها في بلدٍ آخر. ولو التقط في بلد الغربة جاز أن يسافر بها إلى بلده بعد التعريف في بلد اللقطة ثمّ يكمل الحول في بلده.

يسافر بها من بلده الّذي هو موضع الالتقاط فيعرّفها في بلدٍ آخر، لتعلّق الوجوب بذلك البلد، وأنّه لو أراد السفر فوّض التعريف إلى غيره ولا يسافر، فينبغي أن يلحظ ذلك كلّه. ثمّ إنّ إطلاقهم هنا يتناول ما إذا التقطها في بلده أو بلد غربة أو برّية، وستعرف الحال في ذلك.

[حكم التعريف في غير بلد الالتقاط]

قوله: ﴿ولا يجوز أن يسافر بها فيعرّفها في بلدٍ آخر﴾ قد عرفت الحال في ذلك وينبغي ملاحظة الجمع بين كلامي المصنّف. وفي «التحرير» أنّه إذا سافر بها لزمه التعريف في أيّ بلد شاء[1]. وهو يوافق ما تقدّم، ولم يتعرّض له سوى المصنّف والمحقّق الثاني.

قوله: ﴿ولو التقط في بلد الغربة جاز أن يسافر بها إلى بلده بعد التعريف في بلد اللقطة ثمّ يكمل الحول في بلده﴾ قد سمعت الآن كلامهم. ولم أجد مَن صرّح بهذا الفرع على هذا النحو إلّا المصنّف في الكتاب خاصّة، وكأنّ المحقّق الثاني يوافقه على ذلك، قال: لم يذكر مقدار التعريف في بلد الالتقاط ولا وقفت على تعيين مقدار فيه، ويمكن أن يقال: يجب المقدار الّذي يفيد الإشهار في بلد الالتقاط ثمّ يكمّل الباقي في بلده[2]، انتهى.

---

(١) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٧٠.

(٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٦٥.

ولو التقطه في الصحراء عرّف في أيّ بلدٍ شاء.

[فيما لو التقط في الصحراء]

قوله: ﴿ولو التقطه في الصحراء عرّف في أيّ بلدٍ شاء﴾ كما في «المبسوط[1] والتحرير[2] وجامع المقاصد[3]» إذ لا أولويّة لبلد على آخر وإن قرب. وفي «الدروس[4] والمسالك[5]» أنّه يعرّف مَن يجده فيها ويتمّ إذا حضر في بلده، وهو الموافق لما تقدّم، ويُحمل كلام الكتاب على أنّه لم يجد فيها أحداً.

وقال في «التذكرة»: ولو التقط في الصحراء فإن اجتازت به قافلة يتبعهم وعرّفها فيهم، وإلّا فلا فائدة في التعريف في المواضع الخالية، ولكن يعرّف عند الوصول إليها، ولا يلزمه أن يغيّر قصده ويعدل إلى أقرب البلاد إلى ذلك الموضع، أو يرجع إلى المكان الّذي أنشأ السفر منه. وقال بعض الشافعيّة: يعرّفها في أقرب البلاد إليه[6]، انتهى. وهذا القول قد استحبّه صاحب «المسالك[7]» بناءً على أنّ الأقرب أولى. ولعلّه ليس مطّرداً ولذلك أطلق الجماعة. ومراده أنّه التقط في الصحراء ما يعلم أو يظنّ أنّ له مالكاً بالفعل إلّا أنّه غير معيّن، فلو التقط فيها ما يعلم أنّه لا مالك له في الحال كان له من دون تعريف. وبه يحصل الجمع بين كلامهم هنا وبين قولهم: إنّ ما يوجد في المفاوز أو في خربة قد باد أهلها فهو لواجده من غير

(١) لم تظفر في المبسوط على الحكم المذكور، وإنّما يمكن استفادته من إطلاق كلامه حيث لم يذكر قيد التعريف بالبلد، فإنّه وإن لم يصرّح بجوازه في أيّ بلد إلّا أنّ من عدم ذكره يلوح الإطلاق، هذا ولكنّه لا يخلو عن ضعف فإنّ ظاهر الحال يدلّ على اختصاص التعريف بالبلد الّذي فقد الملقوط فيه أو بما فيه صاحبه على الاختلاف فيه، فراجع المبسوط: ج ٣ ص ٣١٨ ـ ٣٣٥.

(٢) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٧٠.

(٣) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٦٥.

(٤) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٨٨ ـ ٨٩.

(٥ و ٧) مسالك الأفهام: في أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٥٤٢.

(٦) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٩ س ٨.

وما لا بقاء له كالطعام يقوّمه على نفسه وينتفع به مع الضمان،

تعريف، إذ المفازة والصحراء والفلاة هنا بمعنىً واحد كما تقدّم ويأتي.

[فيما لو كان الملقوط ممّا لا بقاء له]

قوله: ﴿وما لا بقاء له كالطعام يقوّمه على نفسه وينتفع به مع الضمان﴾ هذا معنى ما في «المقنع[1] والمقنعة[2] والنهاية[3] والمراسم[4]» قال في «المقنع»: وإن وجدت طعاماً في مفازة فقوّمه على نفسك لصاحبه ثمّ كله، فإن جاء صاحبه فردّ عليه القيمة. ونحوه ما ذكر معه وذلك بمعنى أنّه يضمن. وهو معنى ما في «المبسوط[5]» إن شاء أكله ويردّ القيمة. ومثل ما في الكتاب ما في «الشرائع[6] والنافع[7] والتذكرة[8] والتحرير[9] والإرشاد[10] والدروس[11] واللمعة[12] والمسالك[13] والروضة[14] ومجمع البرهان[15]» وغيرها[16]، لكن في «النافع والإرشاد واللمعة» يقوّمه

(١) المقنع: اللقطة ص ٣٨٠.
(٢) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٧.
(٣) النهاية: في اللقطة ص ٣٢٢.
(٤) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦.
(٥) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٣٤.
(٦) شرائع الإسلام: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩٢.
(٧) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٤.
(٨) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٩ س ٣٠.
(٩) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٤.
(١٠) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٢.
(١١) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٨٧.
(١٢) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٩.
(١٣) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥١٩.
(١٤) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ص ١٠٢.
(١٥) مجمع الفائدة والبرهان: في اللقطة ج ١٠ ص ٤٦٩.
(١٦) كتبصرة المتعلّمين: في اللقطة ص ١٠٧.

من دون ذِكر على نفسه، لكن في الأوّلين أنّه يضمن، وهو يفيد تقويمه على نفسه. وممّا صرّح أنّه يقوّمه على نفسه «المقنع والمقنعة والنهاية والمراسم والشرائع والتحرير والدروس والروضة» وبمعناه قوله في «المبسوط» كلّه ونحوه تملّكه. وقد نسبه مع الضمان في «الكفاية[١]» إلى كلامهم. وليس في «الغنية[٢]» إلّا أنّ له التصرّف فيه من غير تعريف ودعوى الإجماع عليه، وليس في «الشرائع والدروس» ذِكر أنّه يضمن كما حكيناه أوّلاً عن اللمعة لكنّه مراد جزماً.

هذا، وفي الخبر: عن سفرة وجِدت في الطريق مطروحة كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين، قال: يقوّم ما فيها ثمّ يؤكل، لأنّه يفسد وليس له بقاء... الخبر[٣]. وفي آخر: فإن وجدت طعاماً في مفازة فقوّمه على نفسك لصاحبه ثمّ كله، فإن جاء صاحبه فردّ عليه القيمة[٤] وليس في الأوّل تصريح (التصريح ـ خ ل) بالتقويم على نفسه، ولا يحكم عليه الثاني بقيده، لاحتمال ورود الأمر بالتقويم على نفسه مورد الغالب من تعسّر تقويمه على الغير في المفاوز واحتمال ورود إطلاق الخبر الأوّل عليه ممكن، إلّا أنّ عموم مفهوم التعليل مع القطع بعدم الفرق يدفعه، ولذلك ذكر المصنّف وغيره أنّ له بيعه كما ستسمع، لكنّ قدماء الأصحاب لم يذكروا أنّ له بيعه أصلاً، ولم يذكره أحد قبل المصنّف، لكنّ ذلك غير ضائر، لأنّ أحداً من القدماء سوى الشيخ لم يذكر الدفع إلى الحاكم، مع أنّه جائز له قطعاً، ولم نجد أحداً اشترط في التقويم على نفسه إذن الحاكم. وكلام «الرياض[٥]» صريح أو

(١) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٢٣.
(٢) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٣.
(٣) وسائل الشيعة: ب ٢٣ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٧٢.
(٤) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ٩ ج ١٧ ص ٣٥١.
(٥) رياض المسائل: في اللقطة ج ١٢ ص ٤١٢.

وله بيعه وحفظ ثمنه ولا ضمان،

كالصريح في انسحاب الخلاف الآتي إليه. وكلام «التذكرة[1]» الّتي لم يعرف الخلاف إلّا منها صريح في أنّ المنع إنّما هو في بيعه على غيره بدون إذن الحاكم، وأطلق له فيها جواز الأكل، ولهذا اعترضه في «جامع المقاصد» بأنّك إمّا أن تشترط الرجوع إلى الحاكم فيهما أو لا فيهما، والفرق مشكل، ثمّ قال: إنّ مراجعة الحاكم فيهما أوجه[2]. قلت: ستعرف الفرق.

والظاهر أنّ الثمن إن أفرزه أو قوّمه على نفسه بعينٍ حينئذٍ يكون أمانة، فلو تلف بغير تفريط لم يكن عليه عوضه، للأصل، وجواز الأخذ والتقويم وعدم دليل على الضمان، وإن لم يفرزه فما في الذمّة لا يخشى هلاكه. ولو اختلفت قيمته فالمدار على قيمته يوم الأكل لا يوم الأخذ ولا أعلى القيم والتعريف للّقطة لا لقيمتها.

وجزم جماعة بأنّه لا يجوز له إبقاء ذلك، لأنّه يتلف فيضمن لتقصيره. وفي «جامع المقاصد» نفي الريب عنه[3].

والظاهر أنّ المراد بما لا يبقى ما يفسد عاجلاً، كالهريسة واللحم والطبيخ، والبطّيخ، لكن قال في «التذكرة»: ما لا يبقى عاماً كالبطّيخ ... إلى آخره[4].

قوله: ﴿وله بيعه وحفظ ثمنه ولا ضمان﴾ كما في «التذكرة[5] وجامع المقاصد[6] والمسالك[7] والروضة[8] ومجمع البرهان[9] والمفاتيح[10]» وظاهر «التذكرة»

(١ و٥) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٩ س ٣٥ و٣١.

(٢ و٣ و٦) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٦٥.

(٤) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٦٠ س ٥.

(٧) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥١٩.

(٨) الروضة البهية: في لقطة المال ج ٧ ص ١٠٣.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٦٩.

(١٠) مفاتيح الشرائع: في ما يكره ويحرم من أخذ اللقيط ج ٣ ص ١٧٨.

الإجماع على أنّه يتخيّر بين البيع وتعريف الثمن وبين التقويم والتملّك والتعريف حولاً حيث قال: عندنا[١]. وكأنّه استنباطي، لأنّ أحداً لم يذكره قبله، وكذلك نسبته في «الكفاية» إلى كلامهم[٢]. لكنّه قال أيضاً في «التذكرة[٣]»: لا يجوز له بيعه بنفسه مع وجود الحاكم، لأنّه مال الغير ولا ولاية له عليه ولا على مالكه، فلم يجز بيعه إلّا بالحاكم كغير الملتقط. وقال أيضاً: إذا باع الطعام الّذي يخشى فساده تولّاه الحاكم، فإن تعذّر تولّاه بنفسه، لأنّه موضع ضرورة، أمّا لو باعه بدون إذن الحاكم وفي البلد حاكم كان البيع باطلاً[٤]، انتهى.

ولعلّ الأقوى عدم وجوب استئذانه كما هو صريح «مجمع البرهان[٥]» وظاهر إطلاق الكتاب وما وافقه، للأصل وإطلاق قولهعليه السلام: «يقوّم ما فيها ثمّ يؤكل»[٦] وقولهعليه السلام في الصحيح الوارد في التقاط الجارية: «إنّما يحلّ له بيعها بما أنفق عليها»[٧] ولأنّ له عليه ولاية في الجملة لمكان استئمانه وتعلّقاً به لمكان جواز تملّكه، فكان كأنّه وكيل أو صاحب مال، ولأنّ له ولاية التملّك والصدقة بعد التعريف، فالبيع بالطريق الأولى، فتأمّل في هذا.

وقد يستدلّ[٨] بأنّه قد اُبيح له أكله من دون استئذان فيباح له بيعه، وأنّه اُبيح له بيعه عند العجز عن الحاكم فجاز عند القدرة عليه. وأجاب عن أوّل هذين في «التذكرة» بأنّ في البيع ولاية على مال الغير بخلاف الأكل، فإنّ القصد به مع الانتفاع أداء القيمة إلى المالك[٩]. قلت: هذا الفرق جيّد، وإليه يرشد كلامهم في المسألة الآتية، لكن قضيّة الاُصول وظواهر الأخبار والفتاوى من المتأخّرين

(١ و٣ و٤ و٨ و٩) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٩ و٢٦٠ س ٣٢ و٦ و١٦ و٧ و٨.

(٢) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٣٣.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٦٩.

(٦) وسائل الشيعة: ب ٢٣ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٧٢.

(٧) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ٨ ج ١٧ ص ٣٥١.

أو يدفع إلى الحاكم،

بخلافه. وأجاب عن ثانيهما بأنّ حالة العجز لا قدرة له على الحاكم فأُبيح له البيع تخلّصاً من ضررها بخلاف حالة القدرة. قلت: لعلّ غرض المستدلّ التقريب بما أشرنا إليه من أنّ له تعلّقاً به وولايةً عليه وليس كالأجنبي، وقد عرفت أنّ أحداً لم يذكره قبل المصنّف. والكلام في الثمن والتعريف كما تقدّم[١].

قوله: ﴿أو يدفع إلى الحاكم﴾ كما في «المبسوط[٢] والشرائع[٣] والنافع[٤] والتذكرة[٥] والتحرير[٦] والإرشاد[٧] والدروس[٨] واللمعة[٩] والمسالك[١٠] والروضة[١١] ومجمع البرهان» وفي الأخير: لعلّه لا خلاف فيه[١٢]. وظاهر «التذكرة» أنّه لا مخالف فيه إلّا أحمد. وفي «الكفاية» نسبته إلى كلامهم[١٣] لأنّه وليّ الغيّاب، وفي أكثر ما ذكر التصريح بأنّه لا ضمان، ومع ذلك كلّه قال في «المفاتيح»: قيل: وإن شاء دفعه إلى الحاكم ابتداءً ولا ضمان[١٤].

---

(١) تقدّم في ص ٧٣٢ ـ ٧٥٢.
(٢) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٠.
(٣) شرائع الإسلام: في لقطة المال ج ٣ ص ٢٩٢.
(٤) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٤.
(٥) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٦٠ س ٥.
(٦) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٤.
(٧) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٢.
(٨) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٨٧.
(٩) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٩.
(١٠) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥١٩.
(١١) الروضة البهيّة: في اللقطة ج ٧ ص ١٠٣.
(١٢) مجمع الفائدة والبرهان: في اللقطة ج ١٠ ص ٤٦٩.
(١٣) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٣٣.
(١٤) مفاتيح الشرائع: في ما يكره ويحرم من أخذ اللقيط ج ٣ ص ١٧٨.

ولو افتقر بقاؤها إلى العلاج كالرطب المفتقر إلى التجفيف باع الحاكم الجميع أو البعض لإصلاح الباقي.

[في ما لو افتقر بقاء اللقطة إلى العلاج]

قوله: ﴿ولو افتقر بقاؤها إلى العلاج كالرطب المفتقر إلى التجفيف باع الحاكم الجميع أو البعض لإصلاح الباقي﴾ كما في «المبسوط[١] والشرائع[٢]» وكذا «التذكرة[٣]» في مقامٍ منها. وقال في «اللمعة»: أصلحه الحاكم ببعضه[٤]. وفسّره في «الروضة» بأنّه يصلحه ببعضه عوضاً عن إصلاح الباقي أجمع، أو يبيع بعضه وينفقه عليه وجوباً حذراً من تلف الجميع[٥].

ووجه تعيّن الرجوع إلى الحاكم أنّه مال غائب، وهو وليّه في حفظ ماله وعمل ما هو ألحظ له فيه، فيجب على الملتقط إعلامه بحاله إن لم يعلم، ومع عدمه يتولّاه بنفسه حذراً من الضرر بتركه كما في «جامع المقاصد[٦] والروضة» وهو يخالف الحيوان حيث يباع جميعه، لأنّ النفقة تتكرّر فيؤدّي إلى أن يأكل نفسه. وفي «التحرير[٧] والدروس[٨]» أنّه يتخيّر بين فعل ذلك وبين الدفع إلى الحاكم وهو خيرة موضع من «التذكرة[٩]» وقد استحسنه في «المسالك[١٠]» وهو الأصحّ لما مرّ فيما

(١) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٠.
(٢) شرائع الإسلام: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩٢.
(٣ و ٩) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٦٠ س ٣ و ١٢.
(٤) اللمعة الدمشقية: في اللقطة ص ٢٣٩.
(٥) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ١٠٣.
(٦) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٦٦.
(٧) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٤.
(٨) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٨٧.
(١٠) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥١٩.

ولو أخّر الحول الأوّل عرّف في الثاني وله التملّك بعده على إشكال.

تقدّم. وكيف كان، فهو لقطة شأنه شأن ما لا يبقى في جميع ما تقدّم.

[فيما لو أخّر الملتقط التعريف]

قوله: ﴿ولو أخّر الحول الأوّل عرّف في الثاني، وله التملّك بعده على إشكال﴾ ولا ترجيح أيضاً في «الإيضاح[1]» والأصحّ أنّ له ذلك كما هو خيرة «التذكرة[2] والتحرير[3] والدروس[4] وغاية المرام[5] وجامع المقاصد[6] والمسالك[7] والكفاية[8]» وهو قضية كلام «الشرائع[9] والإرشاد[10]» أو صريحهما حيث قيل فيهما: ولا يجوز تملّكها إلّا بعد التعريف وإن بقيت في يده أحوالاً، إذ قضيّته أنّ التملّك يصحّ بعد التعريف، إذا بقيت في يده أحوالاً قبله. ويأتي مثل ذلك للمصنّف وكذا «مجمع البرهان[11]» بل لا نجد مصرّحاً بالعدم، لتعليق الحكم بالتملّك في النصوص على التعريف حولاً الصادق على الواقع بعد الالتقاط على الفور وبدونه.

ووجه العدم أنّه يقتصر في تملّك مال الغير المخالف للأصل على المتيقّن وقول أحدهما عليهما السلام في صحيحة محمّد: «فإن ابتليت بها فعرّفها سنة، فإن جاء

---

(١) إيضاح الفوائد: في اللقطة ج ٢ ص ١٥٦.
(٢) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٦٠ س ٢٢.
(٣) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٧١.
(٤) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٨٩.
(٥) غاية المرام: في اللقطة ج ٤ ص ١٥٩.
(٦) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٦٧.
(٧) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥٤٥.
(٨) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٤٠.
(٩) شرائع الإسلام: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩٥.
(١٠) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ٣ ص ٤٤٣.
(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٨٢.

طالبها وإلّا فاجعلها في عرض مالك»[١] والفاء تدلّ على التعقيب بغير مهلة، فيكون جعلها في عرض ماله موقوفاً على التعريف الواقع بعد ابتلائه بها بلافصل، وأنّ التعريف لإمكان لقاء المالك، وإنّما يمكن في وقت طلبه، والظاهر أنّه بعد الحول ييأس منها فتنتفي فائدة التعريف.

وفيه: أنّ الأصل مقطوع بإطلاق النصوص المتقدّمة، وأنّ غاية ما أفاده الصحيح على تقدير التسليم وجوب الفور، وهو غير شرطيّته، بل قد يظهر من الخبر بمعونة الإجماع والأخبار الأُخر اشتراط التملّك بالتعريف ولا نزاع فيه، وتقدير شيءٍ زائد لا دليل عليه، وفي كثير من الأخبار وفيها الصحيح: «يعرّفها سنة» من غير فاء[٢]، وفي أخبار العامّة[٣] عنه صلى الله عليه وآله: «اعرف عقاصها ووكاءها ثمّ عرّف سنة، فإن جاء صاحبها وإلّا فشأنك» فلو كان الفور معتبراً لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، ولا يجوز جعل الأعمّ من السبب مكانه، وليس في أخبارنا «ثمّ يعرّفها» كما توهّمه في «المسالك[٤]». ثمّ إنّا لا نسلّم أنّ هذه الفاء للتعقيب كما في «الإيضاح[٥] وجامع المقاصد[٦] والمسالك[٧]» وقد تقدّم[٨] ذلك عن «التحرير» بل هي رابطة الجواب الإنشائي مثل قوله تعالى: ﴿فإن شهدوا فلا تشهد معهم﴾[٩] ﴿إن كنتم تحبّون الله فاتّبعوني﴾[١٠] ولا أحد يقول بأنّ هذه تفيد التعقيب، وإلّا لأفادته في

(١) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ٣ ج ١٧ ص ٣٥٠.
(٢) راجع المصدر والباب المتقدمين.
(٣) صحيح مسلم: ج ٣ ص ١٣٤٦ ح ١ و٢، والسنن الكبرى للبيهقي: ج ٦ ص ١٩٦ ـ ١٩٨.
(٤ و٧) مسالك الأفهام: في أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٥٤٥.
(٥) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٥٦.
(٦) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٦٦.
(٨) تقدّم في ص ٧٥٨.
(٩) الأنعام: ١٥٠.
(١٠) آل عمران: ٣١.

الثاني: الضمان، وهي أمانة في يد الملتقط أبداً ما لم ينو التملّك أو يفرّط.

قوله جلّ شأنه: ﴿مَن جاء بالسيّئة فكبّت وجوههم﴾[١] وإن تاب زيد فتب. والحاصل: أنّه لا فائدة لهذه الفاء إلّا الربط، وهو منحصر في ستّ مسائل. وأمّا الأخير فإن تمّ قضى بسقوط التعريف، وبه استدلّ أحمد[٢] لا بعدم جواز التملّك، مع أنّه لو كان التأخير لعذر لم يسقط التعريف عندنا وجاز وملك بعد التعريف. وفي «الدروس» لا ضمان بالتأخير[٣] لعذرٍ أو لغير عذر.

ولعلّ الأشبه بأُصول الباب أنّها إن بقيت في يده أحوالاً من غير تعريف لعذرٍ أو لغيره حيث ييأس من صاحبها وصاحبها ييأس منها ولا يتفطّن لها لو سمع تعريفها أنّها تكون كالمال المجهول المالك يجب عليه أن يتصدّق بها، لكنّه إن أراد تملّكها عرّفها تعبّداً وإن لم يجد تعريفها لمكان إطلاق النصوص والفتاوى، فتأمّل جيّداً.

[في أنّ اللقطة أمانة في يد الملتقط]

قوله: ﴿الثاني: الضمان، وهي أمانة في يد الملتقط أبداً ما لم ينو التملّك أو يفرّط﴾ كما هو صريح «التذكرة[٤]» وقضيّة كلام غيرها.

وظاهر «التذكرة» أن لا مخالف في شيءٍ من الأحكام الثلاثة حتّى من العامّة، لأنّ الضمان مع التفريط ممّا لا ريب فيه كما أنّها أمانة أبداً إذا نوى الحفظ لصاحبها أبداً مع عدم إخلاله بتعريفها كما تقدّم، ولا أجد خلافاً في أنّ أخذها بنيّة التملّك

---

(١) النمل: ٩٠.

(٢) نقله عنه العلّامة في التذكرة: في اللقطة ج ٢ ص ٢٦٠ س ٢٤.

(٣) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٨٩.

(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ٢٥٧ س ٨.

ولو نوى التعريف والتملّك بعد الحول فهي أمانة في الحول مضمونة بعده.

قبل الوقت المشروع له، وهو ما إذا كانت النيّة للتملّك في الابتداء من دون تعريف أو في أثناء الحول مقتضٍ للضمان، لأنّ يده حينئذٍ يد خيانة وعدوان، والظاهر أنّه يبرأ بالدفع إلى الحاكم. فهاتان صورتان من صوَر أخذ الملتقط، وبقي صوَر اُخر تأتي في كلامه.

[حكم الملقوط بعد تعريف السنة]

قوله: ﴿ولو نوى التعريف والتملّك بعد الحول فهي أمانة في الحول مضمونة بعده﴾ هذه صورة اُخرى من صوَر أخذ الملتقط. أمّا أنّها أمانة في الحول فممّا لا خلاف فيه ولا إشكال كما تقدّم مراراً، وهي شرعيّة، لكن جعل لها الشارع هنا حُكماً آخر كما تقدّم بيانه.

وأمّا أنّها مضمونة بعد الحول ففي «الكفاية[1]» أنّه المعروف من مذهب الأصحاب، وهو كذلك لكنّها إنّما تضمن حينئذٍ إن نوى التملّك بعده كما في «المبسوط[2] والشرائع[3] والتحرير[4] والإرشاد[5] والدروس[6] ومجمع البرهان[7]» وكان عزم التملّك مطّرداً باقياً، وإن لم يجر صيغته كما لو نوى التعريف والتملّك بعده

---

(١) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٤١.
(٢) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٣.
(٣) شرائع الإسلام: في أحكام اللقطة ج ٣ ص ٢٩٥.
(٤) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٨.
(٥) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٣.
(٦) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٨٨.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٨٣.

وبقي عزمه كما هو المفروض في «الكتاب والتذكرة[1] وجامع المقاصد[2] والمسالك[3]» لأنّه صار ملكاً لنفسه، فأشبه المستام وإن لم يملك بالفعل.

وصريح «التحرير[4] والرياض[5]» وظاهر «الكفاية[6]» أنّه لابدّ في هذا الفرض من تجديد نيّة أُخرى، وسيأتي من المصنّف وغيره النصّ على عدمه[7].

هذا إذا قلنا بافتقار التملّك إلى النيّة كما هو المعتمد عند علمائنا كما في «التذكرة[8]» وقد تقدّم بيانه[9]، وإلّا نقل بذلك بل قلنا تملك قهراً بغير نيّة ولا اختيار كما يأتي فلا إشكال في الضمان كما في «التذكرة[10]» أيضاً وغيرها[11] لكنّه سيأتي أنّهم مختلفون في أنّ اللقطة هل تضمن بمطالبة المالك أو بنيّة التملّك، وقد اختار الأوّل الشيخ في «المبسوط[12]» وجماعة[13] وهنا أطلقوا الكلمة، ويمكن الجمع بأنّ خلافهم هناك إنّما هو في تمام سبب الضمان، فهل هو نيّة التملّك فقط أو أنّ ذلك جزء سبب ولا يتمّ إلّا بمطالبة المالك فليلحظ ذلك، ويأتي تحريره إن شاء الله تعالى.

ثمّ إنّ في بعض العبارات لا يضمن إلّا بنيّة التملّك بعد التعريف مع أنّه يضمن بالتصدّق، إلّا أن يكون المراد وهي عنده أو يكون المراد ضماناً حتميّاً لأنّه مع التصدّق يحتمل أن يرضى المالك بذلك فلا ضمان.

(١ و٨ و١٠) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ٢٥٧ س ٢٣ و١١ و١٠.

(٢) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٦٧.

(٣) مسالك الأفهام: في أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٥٤٧.

(٤) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٨.

(٥) رياض المسائل: في اللقطة ج ١٢ ص ٤٢٥ و٤٣٢.

(٦) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٤١.

(٧) ستأتي في ص ٧٩٩.

(٩) تقدّم في ص ٦٩٤ وكذا في ص ١٩٢ في الوديعة.

(١١) كالمسالك: في أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٥٤٧.

(١٢) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٣١.

(١٣) منهم المحقّق الكركي في جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٦٨ ـ ١٦٩.

ولو قصد الخيانة بعد قصد الأمانة ضمن بالقصد وإن لم يـخن، بخلاف المودع لتسليط المالك هناك.

ولو نوى التملّك ثمّ عرّف سنة فالأقرب جواز التملّك،

[فيما لو قصد الخيانة أو نوى التملك]

قوله: ﴿ولو قصد الخيانة بعد قصد الأمانة ضمن بالقصد وإن لم يخن، بخلاف المودع لتسلّط المالك هناك﴾ قد تقدّم الكلام في ذلك في باب الوديعة. ولو لم يقصد أمانةً ولا خيانةً لم تكن مضمونة عليه وله أن يـتملّك بشرطه، وكذا لو أضمر أحدهما ونسي تمسّكاً بأصالة البراءة.

قوله: ﴿ولو نوى التملّك ثمّ عرّف سنة فالأقرب جواز التملّك﴾ قد تقدّم [1] أنّه لو نوى التملّك بغير تعريف حين الالتقاط وأراد إخفاءها على المالك كان غاصباً ضامناً، فلو أنّه عرّفها بعد ذلك التعريف المعتبر فقد قـرّب المـصنّف جواز التملّك له. وهو خيرة «التذكرة [2] والتحرير [3] والإيضاح [4] وجامع المـقاصد [5] والمسالك [6] والكفاية [7]» وكذا «الدروس [8]» لأنّه قد وجد سبب الملك وهو التعريف والالتقاط فيتملّكها به، ولأنّ عموم النصوص يتناول هذا الملتقط، والمانع لا يصلح

---

(١) تقدّم في ص ٧٣٤ و ٧٥٩ و ٧٨٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ٢٥٧ س ١٨.

(٣) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٧١.

(٤) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٥٧.

(٥) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٦٧.

(٦) مسالك الأفهام: في أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٥٤٧.

(٧) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٤١.

(٨) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٨٩.

وبنيّة التملّك يحصل الضمان وإن لم يطالب المالك على رأي.

للمانعية للأصل، والضمان لا ينافي جواز التملّك مع حصول الشرط، على أنّا لو اعتبرنا نيّة التعريف وقت الالتقاط للزم أن نمنع الفاسق والصبيّ والسفيه من الالتقاط، لأنّ الغالب على هؤلاء نيّة التملّك حين الالتقاط من دون نية تعريف. ويشبه الحال فيه ما إذا دخل حائط غيره واحتشّ منه أو احتطب أو اصطاد، فإنّه يملك ذلك وإن كان دخوله محرّماً.

ووجه العدم أنّه أخذ مال غيره على وجهٍ لا يجوز له أخذه فأشبه الغاصب وجعل في «جامع المقاصد» «ثمّ» خارجة عن بابها في عبارة الكتاب، وفسّرها بأنّه أخذها بقصد التملّك وعرّفها التعريف المعتبر متّصلاً بالأخذ، وقال: لا يراد منها التراخي عن الأخذ[1]. ولعلّه نظر إلى أنّه إذا تراخى لم يحصل التعريف المعتبر، لأنّ المصنّف فيما تقدّم استشكل في التملّك فيما إذا أخّر الحول، وقد عرفت[2] أن لا مخالف في أنّه له التملّك هناك، وأنّ وجه العدم ضعيف.

[هل الضمان بمطالبة المالك أو بنيّة التملّك؟]

قوله: ﴿وبنيّة التملّك يحصل الضمان وإن لم يطالب المالك على رأي﴾ عليه الفتوى كما في «التنقيح[3]» وعليه الأكثر كما في «المسالك[4] والكفاية[5]» وهو صريح «الشرائع[6] والإيضاح[7] والإرشاد[8] والدروس[9]» وظاهر

---

(١) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٦٧.
(٢) تقدّم في ص ٧٧٧ ـ ٧٧٩.
(٣) التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١٢٤.
(٤) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥٣٣.
(٥) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٣٨.
(٦) شرائع الإسلام: في أحكام اللقطة ج ٣ ص ٢٩٥.
(٧) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٥٧.
(٨) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٣.
(٩) الدروس الشرعية: في لقطة الأموال ج ٣ ص ٨٧.

«المقنعة[١] والنهاية[٢] والخلاف[٣] والمراسم[٤] والمبسوط[٥]» في أوائل الباب و«التذكرة[٦] والمختلف[٧]» وغيرهما[٨] ممّا قيل فيه أنّه يضمن بعد الحول إن نوى التملّك، بل كاد يكون صريح الأخيرين.

وحكى في «الخلاف[٩]» إجماع الفرقة وأخبارهم على أنّه إذا عرّفها سنة وأكلها كان ضامناً، ولم يتعرّض لمطالبة المالك أصلاً، ولهذا نسبناه إلى ظاهره. ويرشد إليه أنّه قال في «التحرير»: قال الشيخ في بعض كتبه: يضمن بمطالبة المالك لا بنيّة التملّك، وفي أكثرها أنّ الضمان يتعلّق به بالنيّة[١٠].

وقال في أواسط الباب من «المبسوط» قال قوم: يلزم الملتقط الضمان وقت مطالبة صاحبها بها لقوله صلى الله عليه وآله: «مَن وجد لقطة فليشهد ذا (ذوي ـ خ ل) عدل ولا يكتم ولا يغيب، فإن جاء صاحبها فليردّها، وإلّا فهو مال الله يؤتيه من يشاء»[١١] وقال آخرون: اللقطة بعد الحول تجري مجرى القرض، والقرض يلزم بنفس القرض لا بمطالبة المقرض، والأوّل أقوى[١٢]، انتهى. وهو ظاهر «السرائر»

---

(١) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٦.

(٢) النهاية: في اللقطة ص ٣٢٠.

(٣) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٨١ مسألة ٥.

(٤) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦.

(٥ و١٢) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٣ و٣٣٠ ـ ٣٣١.

(٦) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ٢٥٧ س ٢٣.

(٧) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ١٠١.

(٨) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٨٣.

(٩) الخلاف: في اللقطة مسألة ١٠ ج ٣ ص ٥٨٥.

(١٠) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٩.

(١١) السنن الكبرى: كتاب اللقطة ج ٦ ص ١٨٧، وسنن ابن ماجة: في اللقطة ج ٢ ص ٨٣٧ ح ٢٥٠٥، وذيل الحديث فيها هكذا: ثمّ لا يغيّره ولا يكتم.

حيث قال: هو ضامن إذا جاء صاحبه[١]. وقد يظهر ذلك من «الغنية[٢]». وفي «الكفاية» أنّه أقرب[٣] واختاره في «جامع المقاصد» محرّراً له، قال: متى كانت العين باقية وظهر المالك وطالب وجب ردّها، ولا بُعد في ذلك بأن يكون ملك الملتقط إيّاها متزلزلاً، وإن جاء بعد تلفها وطالب وجب البدل يوم التلف أو يوم المطالبة. وقال: إنّه أعدل الأقوال، لأنّ فيه جمعاً بين الأدلّة والأصل عدم أمر زائد عليه. وحاصل كلامه: أنّ الملتقط يملكها ملكاً متزلزلاً مراعى يزول بمجيء صاحبها ويجب البدل مع تعذّر ردّ العين ونسبه إلى التحرير وقال: إنّه قويّ متين[٤]. واختاره في «المسالك» لكنّه قال: إنّ ضمانها مراعى بظهور المالك أو مطالبته، قال: وهذا حسن. والظاهر من الأخبار أنّ الضمان يحصل بظهور المالك لكنّ الشيخ اعتبر المطالبة[٥]، انتهى. قلت: ستسمع ما في «الدروس» من أنّ الروايات محتملة.

وقوّى في «الروضة» أنّ ضمانها لا يحصل إلّا بظهور المالك طالب أم لم يطالب مع احتمال توقّفه على مطالبته[٦]. وقال في «التحرير»: ويملك الملتقط اللقطة ملكاً مراعى يزول بمجيء صاحبها، فإن وجدها المالك كان أحقّ بها، وليس للملتقط دفع القيمة أو المثل إلّا برضاه على إشكال ـ إلى أن قال ـ: ولو تعذّر ردّ اللقطة بعد التملّك وجب على الملتقط المثل إن كان وإلّا القيمة. والوجه أنّ القيمة المعتبرة هي القيمة وقت التملّك، وهل يملك الملتقط اللقطة بعد التعريف والنيّة بغير عوض يثبت في ذمّته، وإنّما يتجدّد العوض في ذمّته بمطالبة المالك، كما يتجدّد

---

(١) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٢.
(٢) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٣.
(٣) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٣٨.
(٤) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٦٨ ـ ١٦٩.
(٥) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥٣٥.
(٦) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ١٠٠.

ملك الزوج لنصف الصداق بالطلاق، أو بعوض ثابت في ذمّته لصاحبها؟ فيه احتمال. قال الشيخ في بعض كتبه: يضمن بمطالبة المالك لا بنيّة التملّك، وفي أكثر كتبه الضمان يتعلّق به مع النية[١]، انتهى كلام التحرير، ولا ترجيح فيه فيما نحن فيه. ونحوه ما في «الدروس» لكنّه رجّح المشهور كما حكيناه عنه، قال: هل يملكها بعوض يثبت في ذمّته أو بغير عوض ثمّ يتجدّد بمجيء مالكها؟ في الروايات احتمال الأمرين، والأقرب الأوّل[٢]، انتهى. وكلام «التحرير» مع ملاحظة أوّله وآخره ظاهر أو نصّ في أنّه يملكها ملكاً مراعى، لكن هذا الملك يحتمل أن يكون بغير عوض ثابت في الذمّة حين التملّك وإنّما يتجدّد بمطالبة المالك، وأن يكون بعوض ثابت كذلك في ذمّته لصاحبها، فلا ملازمة ولا ترتيب بين كون الملك فيه متزلزلاً مراعى وكون الضمان عند المطالبة.

وليعلم أنّ كلام المشهور هنا مع قولهم أيضاً بعدم وجوب ردّ العين لو كانت باقية يقضي بأنّهم يقولون: إنّه يملكها ملكاً مستقرّاً غير متزلزل كملك المباحات بعوض مضمون في ذمّته ضماناً متزلزلاً مراعىً بظهور المالك ومطالبته، فإن ظهر علمنا استقرار الضمان وإلّا انكشف عدمه، كما هو الشأن في البيع الفضولي على القول بأنّ الإجازة كاشفة، وكما هو الشأن في الوديعة إذا صارت مضمونة، والعارية المضمونة وضمان الغاصب.

فمعنى الضمان حينئذٍ أنّ الشارع جعل ذمّة الملتقط متعلّقة بالمال على وجه يلزمه بدل المال له على تقدير ظهوره ومطالبته، فلزوم البدل ثمرة الضمان وفائدته لا نفسه كما بيّنّاه في باب الوديعة[٣]، وليس معنى الضمان فيما نحن فيه وفيما مثّلنا

---

(١) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٨.
(٢) الدروس الشرعية: في اللقطة ج ٣ ص ٨٨.
(٣) تقدّم في ص ٢٢٧ ـ ٢٢٨.

به أنّ العوض يستقرّ في ذمّته كالقرض لعدم إمكانه فيما مثّلنا به، لأنّ العوض فيها إنّما يستقرّ بالتلف، والإبراء منه إبراء ممّا لا يجب، مع أنّهم قالوا بصحّة الإبراء من الضمان فيها، فلابدّ أن يكون مرادهم ما ذكرناه، وهم صرّحوا به.

وأمّا عدم صحّته فيما نحن فيه فالوجه فيه ظاهر، لأنّ الالتقاط عندنا اكتساب وليس جارياً مجرى الاستقراض، وإنّما هو مذهب للشافعيّة، ولو جرى مجراه لم يصحّ من الصبيّ والمجنون، بل ولا صحّ لوليّهما أن يتملّك لهما بعد التعريف إن كانت مصلحتهما في عدم الاستقراض كما قد تقدّم، وما حكيناه عن المبسوط ثانياً فإنّما هما قولان للعامّة، قال: إنّ أحدهما أقوى، والّذي يظهر منه في الباب أنّ مذهبه فيه هو ما حكيناه عنه أوّلاً، وذلك لا يدلّ على عدوله عنه، وهو الموافق لإجماع الخلاف، وكلام الأصحاب وكلام التحرير والدروس لا يأبى عمّا ذكرناه في تحرير مذهب المشهور وإن أوهم بادئ بدء خلافه. وكذلك ما حكيناه عن السرائر وما في الدروس والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة وكذا ما يأتي من الكتاب من أنّه على قول مشهور يكون مديناً بالعوض فيجب عزله عند الموت والإيصاء به ويعدّ مديناً بسببه فيستثنى في الخمس وغير ذلك فليس بجيّد لما عرفت مع استمرار الطريقة واستقامة السيرة على خلافه. ولو كان كذلك لورد في خبر من أخبار الباب على كثرتها، مع أنّ ذلك جارٍ فيما إذا تصدّق به أيضاً وخبر محمّد الّذي تضمن الإيصاء به يحمل على أنّه أبقاه أمانةً لم يتملّكه.

فكانت الاحتمالات في المقام كثيرة، منها ما ذكرناه في بيان كلام المشهور، ومنها أنّه يملكه ملكاً مستقرّاً بعوضٍ ثابت لازم كالقرض لا يزول إلّا بعفو المالك أو عدم مطالبته، ومنها أنّه يملكه ملكاً مستقرّاً مجّاناً ويتجدّد وجوب العوض بظهور المالك أو مطالبته، ومنها أنّه يملكه ملكاً متزلزلاً مجّاناً ويزول بمجيء المالك أو مطالبته ويجب البدل مع تعذّر العين، ومنها أنّه يملكها ملكاً متزلزلاً بعوضٍ متزلزل

وكأنّه لا يصحّ أن يقال: إنّه يملكها ملكاً متزلزلاً بعوضٍ مستقرّ.

ويأتي[١] للمصنّف في «الكتاب» الاستشكال في أنّه هل يملكها مجّاناً ويتجدّد وجوب العوض بمجيء مالكها أو بعوضٍ يثبت في ذمّته، وهو محتمل لأكثر الاحتمالات المذكورة. ويأتي[٢] بيان الوجه في جزمه هنا واستشكاله من دون تقادم عهد.

وقد استدلّ للمشهور بعموم قوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت»[٣] وبأنّه تصرّف في مال الغير بغير إذنه، وهو يوجب الضمان، وهما كما ترى. وأقعد ما يستدلّ لهم به ما في «الشرائع[٤] والتذكرة[٥]» وغيرهما[٦] من أنّ المطالبة تترتّب على الاستحقاق أي على ثبوت حقٍّ سابق، إذ لو لم يكن له حقٌّ سابق لم يكن لصاحبه المطالبة، لأنّها أذيّة، فلو ترتّب الاستحقاق وثبوت الحقّ على المطالبة لزم الدور، وأنّه لو لم يجب العوض قبل المطالبة لم يكن له المطالبة بالبدل إذا تلفت، لأنّ العين قد تلفت على وجهٍ غير مضمون.

وأجاب عن الأوّل الشهيد الثاني بمنع توقّف المطالبة على الاستحقاق، بل على إمكانه وهو حاصل، سلّمنا لكنّ الاستحقاق حاصل وإن لم يكن الضمان حاصلاً، لأنّ المراد أنّه إذا جاء المالك استحقّ أن يطالب، وإذا طالب وجب الضمان[٧]. وهذا مأخوذ من «جامع المقاصد» وقد فهم من الاستحقاق استحقاق المطالبة لا غير، مع أنّه محتمل لغيره كما عرفت، سلّمنا لكنّا نقول له: بماذا يستحقّ المطالبة؟ فإن كانت

(١ و٢) يأتي في ص ٨٠٢ ـ ٨٠٣.

(٣) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٢٢٤ ح ١٠٦.

(٤) شرائع الإسلام: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩٤.

(٥) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٥٧ س ٣٥.

(٦) كجامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٦٨.

(٧) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥٣٥.

بالعوض الّذي يثبت بالمطالبة إذ لا يريد الثابت قبل رجع الأمر إلى أنّه إذا جاء المالك استحقّ المطالبة بالعوض الّذي يثبت بالمطالبة، فيرجع إلى الدور الّذي قالوه، لأنّ المطالبة أذيّة لا تجوز إلّا بحقٍّ سابق.

وأجاب المحقّق الثاني بأنّ اقتضاء المطالبة سبق الاستحقاق صحيح، لكنّه لا يلزم منه ثبوت الضمان قبل مجيء المالك، بل غايته أنّه إذا جاء المالك استحقّ فطالب[١]، فإن أراد أنّه استحقّ العوض كان ثبوت العوض والضمان بمجيء المالك لا بالمطالبة وهو خلاف ما يحاول فتأمّل، وإن أراد أنّه استحقّ المطالبة بالعوض جاء ما ذكرناه على المالك. وأجاب عن الثاني بمنع كون الإتلاف غير موجب للضمان مطلقاً، لإمكان أن يقال المراد بضمان العين من حين تملّكها كون المالك إذا جاء يردّ عليه البدل إذا تلفت العين، وهذا كافٍ في صدق معنى الضمان[٢]. ونحوه ما في «المسالك[٣]» قلت: هذا مراد المشهور كما بيّنّاه فلم يكن أتى بشيءٍ آخر، وأنت إذا أمعنت النظر وتأمّلت فيما ذكرناه في معنى الضمان كدت تقول إنّ النزاع يعود لفظيّاً، فليتأمّل جيّداً.

وأمّا قولهما: إنّه يملكها ملكاً مراعى، ففيه: أنّ الظاهر من قولهم عليهم السلام: «إنّها كسبيل ماله»[٤] و«اجعلها في عرض مالك»[٥] و«إلّا كانت في ماله، فإن مات كانت ميراثاً لولده ولمن ورثه، فإن لم يجئ لها طالب كانت في أموالهم هي لهم»[٦] أنّه يملكها ملكاً مستقرّاً وأن لا عوض لها أصلاً. ولك أن تقول: إنّ ظاهر قولهم عليهم السلام في عدّة أخبار[٧] «فإن جاء طالبها دفعها إليه وردّه إليه» وجوب ردّ العين، وذلك

(١ و٢) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٦٨ و١٦٩.

(٣) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥٣٥.

(٤ و٥) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ١ و٣ ج ١٧ ص ٣٤٩ و٣٥٠.

(٦) وسائل الشيعة: ب ٢٠ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٧٠.

(٧) وسائل الشيعة: ب ٢٠ نفس الباب من المصدر السابق.

يقضي بتزلزل الملك وأنّ الأصل بقاء مال المالك على ملكه خرج التملّك في الجملة، فيكون ملكاً مراعى محافظة على الأصل، فينقضي الملك وينقطع بظهور المالك سواء كانت العين باقية أو تالفة، ولا بُعد في حمل ما ذكرت من قولهم عليهم السلام على الملك المراعى كما أوجبوا العوض والضمان مع أنّ ظاهر الأدلّة خلافه، مضافاً إلى ما يأتي في المسألة الآتية من معنى قولهم عليهم السلام «اجعلها في عرض مالك» ولكن لنا أن نقول: وجب العوض بالإجماع وبقيت العين على ملكه الدائم لمكان دليله الظاهر في ذلك. ويُحمل قولهم عليهم السلام «دفعها إليه» على ما إذا جاء قبل التملّك فتأمّل، ويأتي بلطف الله تعالى تمام الكلام[1] في هذا.

وقد استدلّوا[2] للشيخ بقوله صلى الله عليه وآله «فإن جاء صاحبها فليردّها وإلّا فهو مال الله يؤتيه من يشاء» وهذا عامّي، وقول الباقر عليه السلام «مَن وجد شيئاً فهو له فليتمتّع به حتّى يأتي طالبه، فإذا جاء طالبه ردّه إليه»[3] وقول الصادق عليه السلام: «فإن وجدت صاحبها وإلّا فأنت أحقّ بها وهي كسبيل مالك»[4] إلى غير ذلك ممّا استدلّ به في «المسالك[5]» ولم يتّضح لنا وجه دلالتها، ونِعمَ ما قال في «الدروس» من أنّ الروايات محتملة للأمرين[6]، أي قول الشيخ وقول المشهور. وكيف كان، فهذا الضمان دائم وليس بمخصوص بمجيء المالك بل الوارث أيضاً كما أفصحت به

(١) يأتي في ص ٨٠٢ ـ ٨٠٣.

(٢) منهم فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٥٧، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٦٨، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥٣٣، ومسند أحمد بن حنبل: ج ٤ ص ١٦٢.

(٣) وسائل الشيعة: ب ٤ من أبواب اللقطة ح ٢ ج ١٧ ص ٣٥٤.

(٤) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ٥ ج ١٧ ص ٣٥٠.

(٥) مسالك الأفهام: في اللقطة ج ١٢ ص ٥٣٣ ـ ٥٣٤.

(٦) الدروس الشرعية: في لقطة الأموال ج ٣ ص ٨٨.

الثالث: التملّك، وإنّما يحصل بعد التعريف حولاً، ونـيّة التـملّك على رأي.

رواية أبي خديجة[١]. ولا يبعد أن يكون كذلك بعد موت الملتقط أيضاً لمكان عموم «إذا جاء صاحبها».

[في ما تحصل به الملكية]

قوله: ﴿الثالث: التملّك، وإنّما يحصل بعد التعريف حولاً، ونـيّة التملّك على رأي﴾ هو خيرة «المبسوط[٢] والخلاف[٣]» في موضعين منه و«الوسيلة[٤] والغنية[٥] والشرائع[٦] والنافع[٧] وكشف الرموز[٨] والتحرير[٩] والتذكرة[١٠]» في موضع منها و«المختلف[١١] والإرشاد[١٢] وشرحه» لولده[١٣] و«الإيضاح[١٤] والدروس[١٥] واللمعة[١٦]

---

(١) تقدّم في ص ٧٩١ هامش ٦. (٢) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٣.

(٣) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٧٧ مسألة ١ وص ٥٨٤ مسألة ١٠.

(٤) الوسيلة: في اللقطة والضالّة ص ٢٧٨.

(٥) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٣.

(٦) شرائع الإسلام: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩٣.

(٧) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٤.

(٨) كشف الرموز: في اللقطة ج ٢ ص ٤١٣.

(٩) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٨.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في لقطة المال ج ٢ ص ٢٦١ س ٩ و١٨.

(١١) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٨٧.

(١٢) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٣.

(١٣) شرح الإرشاد للنيلي: في اللقطة ص ٦٦ س ٢٠.

(١٤) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٥٧.

(١٥) الدروس الشرعية: في لقطة الأموال ج ٣ ص ٨٧.

(١٦) اللمعة الدمشقية: في لقطة المال ص ٢٤٠.

والمقتصر[١] وجامع المقاصد[٢] والمسالك[٣] والروضة[٤] ومجمع البرهان[٥]» وهو المحكي[٦] عن التقيّ. وهو المشهور كما في «الروضة[٧]» والأشهر كما في «التذكرة[٨] والمسالك[٩] والكفاية[١٠]» وعليه الأكثر كما في «المختلف[١١]» وهو الحقّ وعليه الفتوى كما في «التنقيح[١٢]». وفي «الغنية» الإجماع عليه[١٣]. وفي زكاة «الخلاف» أنّه هو المذهب[١٤].

وفي مقابلة هذا القول قول جماعة أنّها بعد الحول والتعريف تدخل في ملكه قهراً، وقد نسبه في «الدروس» إلى ظاهر النهاية والمقنعة وإلى الصدوقين وابن إدريس[١٥]. قلت: إذا كان ظاهر المقنعة كان ظاهر المراسم. وقال في «المختلف»: ليس في المقنعة والمراسم دلالة قاطعة على أحد القولين[١٦]. قلت: قال في «المقنعة»: وإن كان الموجود في غير الحرم عرّف سنة، فإن جاء صاحبه، وإلّا تصرّف فيه الّذي وجده وهو ضامن له[١٧]. ومثلها عبارة «المراسم[١٨]» وليس في كلام الصدوقين[١٩]

(١) المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٦.
(٢) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٦٩ ـ ١٧٠.
(٣ و٩) مسالك الأفهام: في مسائل من اللقطة ج ١٢ ص ٥٣٠ و٥٣١.
(٤ و٧) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ص ١٢٥ و١٢٦.
(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٨٢.
(٦) الحاكي عنه هو الفاضل المقداد في التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١٢٣.
(٨) تذكرة الفقهاء: في لقطة المال ج ٢ ص ٢٦١ س ٩.
(١٠) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٣٨.
(١١ و١٦) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٨٩ و٨٦.
(١٢) التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١٢٣. (١٣) غنيه النزوع: في اللقطة ص ٣٠٣.
(١٤) الخلاف: في الزكاة ج ٢ ص ٤٩ مسألة ٥٧.
(١٥) الدروس الشرعية: في لقطة الأموال ج ٣ص ٨٧.
(١٧) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٦. (١٨) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦.
(١٩) راجع المقنع: في اللقطة ص ٣٧٩، ونقل عن عليّ بن بابويه العلّامة في المختلف: في اللقطة ج ٦ ص ٨٦.

والشيخ في «النهاية[١]» إلّا قولهم «إنّها كسبيل ماله» كما في جملة من الأخبار[٢]، وهذا لا ينافي الملك الاختياري، لأنّ مثل ذلك يقال في مثل ذلك، نعم المصرّح به ابن إدريس في «السرائر» مدّعياً عليه الإجماع وتواتر الأخبار[٣]. وقد قرّبه صاحب «الكفاية[٤]» وقال في «الدروس»: إنّه أشهر[٥]. وقد نفى عنه البُعد في «الرياض[٦]» مع أنّه في مكانةٍ من البُعد من وجوه كما ستعرف، ولا أقلّ من أن يكون كسائر المباحات، وقد بيّنّا أنّه لابدّ في تملّكها من النيّة، وكيف يجتمع هذا مع إجماع الخلاف والغنية والتذكرة على أنّه مخيّر بين التملّك والتصدّق به والحفظ للمالك فضلاً عن أخبار الخلاف والفتاوى كما تقدّم بيان ذلك كلّه وما في التذكرة من قوله: كلّما جاز التقاطه يملك بالتعريف حولاً أثماناً أو عروضاً عند علمائنا أجمع[٧] فإنّه مسوق للردّ على الفارق بين العروض والأثمان.

وأصحاب القول الأوّل اختلفوا فالأكثر[٨] على أنّ الملك يحصل بقصد التملّك فقط ولا حاجة إلى اللفظ ولا إلى التصرّف. وقال الشيخ في «الخلاف»: لا تدخل إلّا باختياره بأن يقول: قد اخترت ملكها[٩] ووافقه على ذلك ابن حمزة[١٠] وأبو

---

(١) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٠.
(٢) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ٢ و٥ ج ١٧ ص ٣٤٩ ـ ٣٥٠.
(٣) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٣.
(٤) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٣٨.
(٥) الدروس الشرعية: في لقطة الأموال ج ٣ ص ٨٨.
(٦) رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤٢٤.
(٧) تذكرة الفقهاء: في لقطة المال ج ٢ ص ٢٦١ س ٣٥.
(٨) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٦٩ ـ ١٧٠، والأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٨٢، والمقداد في التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١٢٤.
(٩) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٨٤ مسألة ١٠.
(١٠) الوسيلة: في اللقطة والضالّة ص ٢٧٨.

الصلاح[١]. وهو ظاهر «التذكرة[٢]» في موضعين منها. وحاصله أنّه يشترط مع نيّة التملّك التلفّظ، وفي «التنقيح» أنّ الفتوى على خلافه[٣]. وذكر في «المسالك» قولاً آخر، وهو أنّه لا يملك إلّا بالتصرّف بمعنى كونه تمام السبب والجزء الأوّل التعريف والثاني نيّة التملّك أو لفظه الدالّ عليه[٤] وهذا ليس لأحد من طائفتنا وإنّما هو أحد أقوال الشافعي[٥].

حجّة المشهور على عدم التملّك قهراً بعد الإجماع المحكيّ في «الغنية[٦]» وظاهر «الخلاف[٧] والتنقيح[٨]» الأصل وظاهر الأخبار.

أمّا الأوّل فلأنّ الأصل بقاء الملك على ملك مالكه وعدم نقله عنه إلّا بسبب موجب للنقل، وليس مضيّ الزمان موجباً له، إذ لم يعهد في الشرع مثله.

وأمّا الثاني فلورود النصّ بأنّه إذا تصدّق بها بعد الحول خيّر المالك بين الغرم وكون الأجر له وبين عدمه والأجر للآخذ، ولو كانت ملكاً له كان ثواب الصدقة له لا ينتقل عنه بالغرم. وقال أحدهما عليهما السلام في صحيح محمّد: «فإن ابتليت فعرّفها سنة فإن جاء طالبها وإلّا فاجعلها في عرض مالك يجري عليها ما يجري على مالك حتّى يجيء لها طالب، فإن لم يجئ لها طالب فأوص بها في وصيّتك»[٩] فإنّ أمره عليه السلام بالإيصاء بها وجعلها في عرض ماله ظاهر في إبقائها أمانة. ومعنى جعلها

---

(١) الكافي في الفقه: اللقطة ص ٣٥٠ ـ ٣٥١.
(٢) تذكرة الفقهاء: في اللقطة ج ٢ ص ٢٦١ س ١٨ وص ٢٦٣ س ٢.
(٣ و٨) التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١٢٤ و١٢٣.
(٤) مسالك الأفهام: في مسائل من اللقطة ج ١٢ ص ٥٣٢.
(٥) المجموع: في اللقطة ج ١٥ ص ٢٦٧.
(٦) تقدّم في ص ٧٩٤.
(٧) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٨٥ مسألة ١٠.
(٩) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ١٠ ج ١٧ ص ٣٥١.

في عرض المال أنّه يجعلها في جملته من غير مبالاة. ومعناه أنّه لا يجب عليك عزلها عنه في مكان وحدها وأنّك لاتضمنها، بل حالها حال مالك يصيبها ما أصابه. قال في «الوافي»: هذه اللفظة تستعمل في مثل هذا المعنى، يقال: يضربون الناس عن عرض أي لا يبالون بمن ضربوا، ومنه كلّ الجبن عرضاً أي اعترضه واشتره ولا تسأل عن عمله[١]. وكأنّ شيخنا في «الرياض[٢]» لم يلحظ آخر الخبر وإلّا لما أنكر ظهوره في إبقائها أمانة.

ويمكن أن يستدلّ به لما في «الروضة» بأنّه عليه السلام أمر بجعلها في عرض ماله وأقلّ مراتب الأمر الإباحة، وذلك يستدعي أن يكون المأمور به مقدوراً[٣]، وهو لايجتمع مع الملك قهراً، وما اعترض عليه به في «الرياض» أنّه إنّما يتمّ لو كان المأمور به جعلها مالاً وجعلها في عرض المال غير جعلها مالاً[٤]. غير سديد، لأنّهما إن كانتا بمعنى تمّ استدلال الروضة، وإن كانتا غيرين تمّ الاستدلال الأوّل بل يتمّ استدلال الروضة أيضاً بناءً على أنّ المراد بجعلها في عرض ماله جعلها أمانة فيدخل تحت قوله مقدوراً.

وفي الصحيح: «يعرّفها سنة فإن لم تعرف حفظها في عرض ماله حتّى يجيء صاحبها فيعطيها إيّاه، وإن مات أوصى بها وهو ضامن»[٥] ولو كان مالكاً قهراً لكان له التصرّف فيها كيف شاء ولم يأمره بحفظها. وأوهن شيء احتمال أن يكون «فإن لم يعرّفها» بالتشديد، لأنّه لو كان كذلك لأمره بالتعريف لا بحفظها من دون تعريف، ثمّ إنّ الموجود في النسخ الصحيحة «فإن لم تعرف» بالتاء ذي النقطتين من فوق.

---

(١) الوافي: في اللقطة ج ١٧ ص ٣٣٣ ـ ٣٣٤ ذيل ح ١٧٣٦٥.
(٢ و ٤) رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤٢٣ ـ ٤٢٤.
(٣) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ١٢٧.
(٥) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ١٣ ج ١٧ ص ٣٥٢ وح ٢ ص ٣٧٠.

حجّة «السرائر» وما وافقها ما ادّعاه فيها من الإجماع وتواتر الأخبار، وقد عرفت ما يعارض ذلك. وقال في «المختلف»: إن ادّعاءه الإجماع وتواتر الأخبار خطأً، فإنّ أكثر الأصحاب قالوا: إنّه لا يملك إلّا بالنيّة، بل أبو الصلاح جعل الاحتفاظ وعدم التملّك أولى، والأخبار إنّما تنطق بما قلناه [١]، انتهى. قلت: دليله من الأخبار قولهم عليهم‌السلام «هي كسبيل ماله» وقد عرفت الحال في ذلك، وأجاب في «المختلف» بأنّ التشبيه يدلّ على المغايرة وإلّا لكان اتّحاداً لا تشبيهاً، وهو يدلّ على نفي الماليّة [٢]، انتهى. وقد فسّره في «التنقيح» بأنّ التشبيه لا يقتضي الاتّفاق في جميع الأحكام وإلّا لكان هو هو، بل يكفي في مطلق التشبيه الاتّفاق في بعض الأحكام، وهو هنا كذلك فإنّه يشابه ماله في جواز التصرّف فيه بأحد الأُمور الثلاثة [٣]، فورد عليه أنّ الاتّفاق في جميع الأحكام لا يستلزم الاتّحاد، لأنّه يكفي في التغاير استناده إلى أمرٍ آخر غير الأحكام كتغاير الماهيّة ونحو ذلك.

وحجّة «الخلاف» أنّ الملك يثبت حينئذٍ إجماعاً ولا دليل على ما سواه. وضعّفه في «جامع المقاصد» بأنّ حصول الملك لا شكّ فيه، وتوقّفه على سبب لا يستدعي سبباً معيّناً، والأصل عدم التعيين. وذلك دليل على الاكتفاء بالنيّة، فلا يستقيم نفي الدليل على ثبوت الملك بها، وليس الدليل منحصراً في الإجماع [٤]. وحاصله أنّ أحد السببين كافٍ، وأنّ دليله من الأخبار [٥] «مَن وجد شيئاً فهو له» ونحوه. وتظهر الفائدة بين القولين الأوّلين في اختيار الصدقة والنماء المتجدّد والجريان في الحول، وتظهر فائدة الثالث في الأخيرين.

(١ و٢) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٨٩.
(٣) التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١٢٣ ـ ١٢٤.
(٤) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٧٠.
(٥) وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب اللقطة ج ١٧ ص ٣٥٣.

ولو قدّم قصد التملّك بعد الحول ملك بعده وإن لم يجدّد قصداً. ولا يفتقر إلى اللفظ ولا إلى التصرّف، سواء كان غنيّاً أو فقيراً، مسلماً أو كافراً،

قوله: ﴿ولو قدّم قصد التملّك بعد الحول ملك بعده وإن لم يجدّد قصداً﴾ لأنّ القصد المذكور صالح لأن يكون سبباً لحدوث الملك في الوقت الّذي علّق به، ولا دليل على اشتراط مقارنته لحصول الملك. وهذا هو ما أشرنا إليه فيما سلف، وقد عرفت[١] مَن خالف في ذلك.

[في عدم افتقار التملّك إلى اللفظ والتصرّف]

قوله: ﴿ولا يفتقر إلى اللفظ ولا إلى التصرّف﴾ كما تقدّم[٢] بيان الأمرين.

قوله: ﴿سواء كان غنيّاً أو فقيراً، مسلماً أو كافراً﴾ قد تقدّم[٣] فيما سلف أنّه حكى في «التذكرة[٤]» الإجماع على أنّ الملتقط يتخيّر بين أُمور ثلاثة، سواء كان غنياً أو فقيراً، أو مَن تحلّ له الصدقة، أو تحرم عليه. وفي صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام في اللقطة يجدها الرجل الفقير أهو فيها بمنزلة الغني؟ قال: نعم[٥]. ثمّ إنّ الالتقاط اكتساب، وكلّ واحدٍ منهم صالح له. وقال أبو حنيفة: إن كان غنيّاً لم يكن له التملّك[٦]. وبه قال الحسن بن صالح والثوري لقوله صلى الله عليه وآله «فإن وجد صاحبها فليردّها عليه، وإلّا فهو مال الله يؤتيه مَن يشاء»[٧] وما يضاف إلى الله

---

(١) تقدّم في ص ٧٧٩ ـ ٧٨١.

(٢ و٣) تقدّم في ص ٧٩٥ ـ ٧٩٦.

(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام لقطة المال ج ٢ ص ٢٦٠ س ٣٢.

(٥) وسائل الشيعة: ب ١٦ من أبواب اللقطة ذيل ح ١ ج ١٧ ص ٣٦٧.

(٦) المجموع: في اللقطة ج ١٥ ص ٢٦٣.

(٧) مسند أحمد بن حنبل: ج ٤ ص ١٦٢.

أمّا العبد فيتملّك المولى، ولو نوى التملّك دون المولى لم يملك. نعم له التصرّف ويُتبَع به بعد العتق.

عزّ وجلّ لا يتملّكه إلّا مَن يستحقّ الصدقة [١].

[حكم تملّك العبد في اللقطة]

قوله: ﴿أمّا العبد فيتملّك المولى، ولو نوى التملّك دون المولى لم يملك. نعم له التصرّف ويُتبَع به بعد العتق﴾ قد تقدّم الكلام [٢] أنّ العبد يجوز التقاطه إذا لم يأذن له المولى في الالتقاط ولا في التملّك ولم ينهه، فإذا التقط شيئاً صحّ منه أن يعرّفه كما صحّ التقاطه، فإذا أكمل حول التعريف لم يكن للعبد أن يتملّكها لنفسه ولا لسيّده. أمّا الأوّل فلأنّه ليس أهلاً لذلك مطلقاً على ما هو المعروف، وبدون تمليك السيّد على قول بعض أصحابنا، والمفروض أنّ السيّد لم يملّكه. وأمّا الثاني فلأنّ السيّد لم يقع منه نيّة التملّك، على أنّه على كلّ من التقديرين لا اعتبار بقصده، وإنّما يقع الالتقاط منه للسيّد إذا شاءه كما تقدّم [٣] بيانه في الضالّة. فإن اختار العبد التملّك على الوجه الّذي لو فعله الحرّ ملك به لم يملك به وتكون العين في يده مضمونة عليه يتبع بها بعد العتق، كما في «المبسوط [٤] والتذكرة [٥] والتحرير [٦]».

ولم يتعرّض في الثلاثة إلى أنّه يباح له التصرّف فيها كما هو ظاهر قوله في الكتاب «نعم له التصرّف» ولعلّه نظر في ذلك إلى أنّ له التصرّف بالمباحات إذا حازها كلحوم الصيود وأكل الأعشاب ونحو ذلك من غير توقّفه على إذن السيّد،

---

(١) المغني لابن قدامة: في اللقطة ج ٦ ص ٣٢٦.
(٢) تقدّم في ص ٧٢٤ ـ ٧٣٠.
(٣) تقدّم في ص ٦٢٩ ـ ٦٣٢ و ٧٢٤ ـ ٧٣٠.
(٤) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٥.
(٥) تذكرة الفقهاء: في التقاط العبيد ج ٢ ص ٢٥٤ س ٥.
(٦) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٦.

ومَن انعتق بعضه حكمه حكم الحرّ في قدر الحرّيّة، وحكم العبد في الباقي.

واللقطة كأحدها، لكنّه إنّما يتمّ في المباح من اللقطة كما إذا كانت دون الدرهم، فإنّه قد تقدّم أنّها كسائر المباحات، إلّا أنّه لا يكاد يظهر من العبارة وإنّما هي مسوقة لما يجب تعريفه، وهذا لا يباح التصرّف به، لأنّ اللقطة مال الغير فلا يحلّ التصرّف فيها إلّا بعد التملّك، ولا يحصل إلّا بإذن المولى والمفروض عدمه.

وعساك تقول: إنّه إذا أذن له في التصرّف ساغ له ذلك. قلنا: إن كان الإذن في التصرّف يقتضي الإذن في التملّك والدخول في ملك السيّد رجع الأمر إلى خلاف الفرض، بل لا يتّجه قوله «ويتّبع به بعد العتق» وإن كان لا يقتضيه، لأنّه أعمّ منه لم يفد إباحة التصرّف، لأنّها تكون باقية على ملك الغير. واحتمال تنزيل إطلاق الكتاب على أنّ المراد بالتصرّف تصرّف خاصّ ـ كنحو ركوب الدابّة وتحميلها وشرب اللبن ونحو ذلك فإنّ ذلك يجوز لكلّ ملتقط عبداً كان أو غيره فلا يتوقّف على الإذن ـ جيّد جدّاً، لكن فيه أنّ الظاهر منه خلافه وأنّه لابدّ في مثل ذلك من المقاصّة كما تقدّم بيانه[1] فيتّبع بالزائد بعد العتق.

قوله: ﴿ومَن انعتق بعضه حكمه حكم الحرّ في قدر الحرّيّة وحكم العبد في الباقي﴾ من نصفه حرّ ونصفه رقّ يصحّ التقاطه، لأنّ القنّ عندنا يجوز التقاطه فهذا أولى، فإن لم يكن بينه وبين السيّد مهاياة كانت اللقطة بينهما على النسبة كسائر الاكتسابات، وكانا كرجلين وجدا معاً لقطة، والأقرب الاكتفاء بتعريف أحدهما، وإن كان بينهما مهاياة فعندنا كما في «التذكرة[2]» أنّ اللقطة تدخل في المهاياة وحكمها حكم سائر الاكتسابات وإن لم تكن من المعتادة كالصياغة والخياطة، فإن وقعت في نوبة المولى كانت له، وإن وقعت في نوبة العبد كانت له.

---

(١) تقدّم في ص ٦٩٠ ـ ٦٩٣.

(٢) تذكرة الفقهاء: في التقاط المكاتب ج ٢ ص ٢٥٥ س ٧.

ولو نوى أحد الملتقطين اختصّ بملك نصيبه. وهل يملكها مجّاناً ويتجدّد وجوب العوض بمجيء مالكها أو بعوض يثبت في ذمّته؟ إشكال.

وأيّهما وقعت له فإنّه يعرّفها ويتملّكها، والاعتبار بيوم الالتقاط، لأنّه وقت حصول الكسب لا بوقت التملّك. فلو وقع الالتقاط في نوبة العبد مثلاً وكان انقضاء مدّة التعريف في نوبة السيّد فالمدار على نوبة الالتقاط والحكم لها. وإن قلنا: إنّ اللقطة نادرة والنادر لا يدخل في المهاياة كان الحكم فيها كما لو لم يكن بينهما مهاياة. ويبقى الكلام في أسابيع التعريف وشهوره، والنوبة قد تمنع من التعريف وقد لا تمنع.

[فيما لو نوى أحد الملتقطين التملّك]

قوله: ﴿ولو نوى أحد الملتقطين اختصّ بملك نصيبه﴾ إذا التقطها اثنان معاً دفعةً وجب عليهما معاً تعريفها حولاً، والأقرب الاكتفاء بتعريف أحدهما، لأنّه لا يجب على الملتقط مباشرة التعريف، فإذا انقضت مدّة التعريف واختارا معاً تملّكها ملكاها، ولو اختارا حفظها لم يملكها أحد منهما وكانت أمانة في أيديهما، ولو اختار أحدهما التملّك دون الآخر ملك نصفها دون الآخر وبقي النصف الآخر أمانة.

[هل يملكها مجّاناً أو بعوض؟]

قوله: ﴿وهل يملكها مجّاناً ويتجدّد وجوب العوض بمجيء مالكها أو بعوض يثبت في ذمّته؟ إشكال﴾ هذه المسألة بعينها هي الّتي تقدّمت[1] في قوله «وبنيّة التملّك يحصل الضمان» وقد استوفينا فيها الكلام، والظاهر أنّ هذا منه رجوع عن الجزم إلى التردّد. وقال في «جامع المقاصد»: كأنّ المصنّف حاول

---

(١) تقدّم في ص ٧٨٥ ـ ٧٩٣.

والفائدة وجوب عزلها من تركته واستحقاق الزكاة بسبب الغرم ووجوب الوصيّة بها ومنع وجوب الخمس بسبب الدَين على التقدير الثاني.

وتملك العروض كالأثمان،

في الأوّل بيان أنّ الملك للملتقط يثبت مستقرّاً ثمّ أظهر التردّد في أنّ العوض متى يلزمه، إذ لاشبهة في أنّ المالك له استحقاق في ماله إذا علم[1]. قلت: هذا يخالف صريح كلام المصنّف أوّلاً وثانياً.

[ثمرة تملّكها مجاناً أو بعوض]

قوله: ﴿والفائدة وجوب عزلها من تركته واستحقاق الزكاة بسبب الغرم ووجوب الوصيّة بها ومنع وجوب الخمس بسبب الدَين على التقدير الثاني﴾ قد تقدّم[2] أنّ تملّك اللقطة وتمليكها للمولى عليه ليس استقراضاً ولا جارياً مجراه، فهذه الفائدة لا تأتي على مذهب أصحابنا.

[في أنّ تملّك العروض كالأثمان]

قوله: ﴿وتملك العروض كالأثمان﴾ إجماعاً كما في «التذكرة[3]» وعليه ينطبق إجماع «الغنية[4]» وهو قول جمهور العامّة[5] أيضاً، وعن أحمد[6] روايتان، هذا أظهرهما عنده، والثانية ـ وعليها أكثر أصحابه ـ أنّ العروض لا تملك بالتعريف،

---

(١) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٧٤.

(٢) تقدّم في ص ٦٨٥ ـ ٦٨٧.

(٣) تذكرة الفقهاء: في لقطة المال ج ٢ص ٢٦١ س ٣٤.

(٤) غنية النزوع: في اللقطة ص ٣٠٣.

(٥) منهم ابن قدامة في المغني: في اللقطة ج٦ ص ٣٣٠، وابن قدامة المقدسي في الشرح الكبير الموجود ضمن المغني: في اللقطة ج ٦ ص ٣٥٠.

(٦) المغني لابن قدامة: في اللقطة ج ٦ ص ٣٣٠.

ولا يجوز التملّك إلّا بعد التعريف وإن بقيت في يده أحوالاً.

ويكفي تعريف العبد في تملّك المولى لو أراده.

وما يوجد في المفاوز أو في خربة قد باد أهلها فهو لواجده من غير تعريف إن لم يكن عليه أثر الإسلام، وإلّا فلقطة على إشكال، وكذا المدفون في أرضٍ لا مالك لها،

واختلفوا فيما يصنع بها، وهو غلط قطعاً، إذ الأخبار من الطرفين به متضافرة كأخبار الشاة والعصا والشظاظ والسفرة[1]، مضافاً إلى إطلاقات الأخبار الأُخر وفتاوى الأصحاب.

قوله: ﴿ولا يجوز التملّك إلّا بعد التعريف وإن بقيت في يده أحوالاً﴾ قد تقدّم الكلام في آخر الفصل الثاني[2].

قوله: ﴿ويكفي تعريف العبد في تملّك المولى لو أراده﴾ قد تقدّم الكلام[3] فيه غير مرّة.

[في ما يكون لواجده من غير تعريف]

قوله: ﴿وما يوجد في المفاوز أو في خربة قد باد أهلها فهو لواجده من غير تعريف إن لم يكن عليه أثر الإسلام، وإلّا فلقطة على إشكال، وكذا المدفون في أرضٍ لا مالك لها﴾ أوّل مَن تعرّض لذلك الصدوق في «المقنع» وقد اختلفت كلماتهم في هذه الفروع الثلاثة، قال في «المقنع»: وإن وجدت لقطة في دار وكانت عامرة فهي لأهلها، وإن كانت خراباً

---

(١) وسائل الشيعة: ب ١٢ و١٣ من أبواب اللقطة ج ١٧ ص ٣٦٢ ـ ٣٦٥.

(٢) تقدّم في ص ٦٩٣ ـ ٦٩٥. (٣) تقدّم في ص ٥٢٣ و٧٢٤ ـ ٧٣٠ و٨٠٠ ـ ٨٠٢ وغيرها.

فهي لك[١]. وقال في «النهاية»: اللقطة على ضربين: ضرب منها يجوز أخذه ولا يكون على من أخذه ضمانه ولا تعريفه، وهو كلّ ما كان دون الدرهم أو يكون ما يجده في موضع خرب قد باد أهله واستنكر رسمه[٢]. وبذلك عبّر في «السرائر[٣]» حرفاً، حرفاً. ونحو ذلك ما في «التحرير[٤]» وظاهرهم عدم الفرق بين أن يكون عليه أثر الإسلام أو لم يكن، وإلى ذلك أشار بقوله في «الغنية» وكذا إن وجد فيما لا يعرف له مالك من الديار الدارسة[٥]. ونحوه ما في «فقه الراوندي» وما يوجد في موضع خرب مدفوناً لا من أثر أهل الزمان[٦].

ووافقهم على ذلك المحقّق في «الشرائع[٧] والنافع[٨]» والمصنّف في «التبصرة[٩]» والشهيدان في «الدروس[١٠] والمسالك[١١]» والكاشاني[١٢] والخراساني[١٣] وشيخنا صاحب «الرياض[١٤]» وزادوا عليهم ما عدا الشهيد ما يوجد في المفاوز وما يوجد مدفوناً في أرض لامالك لها مطلقين فيهما أيضاً غير فارقين بين وجود أثر الإسلام

---

(١) المقنع: في اللقطة ص ٣٨٠.
(٢) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٠.
(٣) السرائر: في بيان أنواع اللقطة ج ٢ ص ١٠١.
(٤) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٣.
(٥) غنية النزوع: في بيان ما يجب فيه الخمس ص ١٢٩.
(٦) فقه القرآن للراوندي: في اللقطة والضالّة ج ١ ص ٣٩٥.
(٧) شرائع الإسلام: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩٣.
(٨) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٤.
(٩) تبصرة المتعلّمين: في اللقطة ص ١٠٧.
(١٠) الدروس الشرعية: في لقطة الأموال ج ٣ ص ٨٦.
(١١) مسالك الأفهام: في مسائل من اللقطة ج ١٢ ص ٥٢٣ ـ ٥٢٤.
(١٢) مفاتيح الشرائع: في الموارد الّتي تسقط التعريف فيها وتملك ج ٣ ص ١٧٩.
(١٣) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٣٤.
(١٤) رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤١٥ ـ ٤١٦.

وعدمه، بل هو صريح[١] بعضهم. وقد نسبه في «الكفاية» إلى المشهور[٢] وظاهر «الرياض» أو صريحه نسبة ذلك كله إلى النهاية والسرائر[٣]. ولم يزد الشهيد في «الدروس» إلّا الثاني، ولم يتعرّض للمفاوز أصلاً، ولعلّه لأنّ الموجود في النصّ الخربة كما ستسمع، أو لأنّ الخربة تشمل المفازة كما مرّ[٤] عن الصحاح والقاموس في بيان العمران والمفازة، فلعلّ من ألحق بها المفاوز نظر إلى ذلك أو إلى أنّ العلّة إنّما هي كونها خربة ولا أهل فيها، فكانت المفاوز أولى، لأنّ الخربة كانت معمورة مسكونة في بعض الأزمان القريبة ثمّ انجلى عنها أهلها، والمفاوز قد انجلى عنها أهلها من مدّة قرون ماضية كما دلّت عليه الأخبار[٥]، أو هي على الدوام بلا أهل فكانت خربة وزيادة كما في «مجمع البرهان[٦]» وغيره[٧].

ويستفاد من تقييدهم الموجود في الأرض الّتي لا مالك لها بالمدفون عدم اشتراطه في الأوّلين بل يملك ما يوجد فيهما مطلقاً عملاً بإطلاق النصّ، فتأمّل جيّداً.

وفصّل في «المبسوط» فيما حكي عنه فقال: إن كان مدفوناً عليه سكّة الإسلام فلقطة، وإلّا أخرج خمسه والباقي له[٨]. واستحسنه في «المختلف[٩]» وحكاه عن المبسوط في «الإيضاح» فيما يوجد في الخربة وقوّاه[١٠]. وحكى التقييد المذكور في «التنقيح» عن المبسوط: في المفازة والخربة والمدفون في الأرض الّتي لا مالك

---

(١) كالشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في مسائل من اللقطة ج ١٢ ص ٥٢٣.

(٢) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٣٤.

(٣ و٧) رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ٢ ص ٤١٦ و٤١٥.

(٤) لم يتقدم ذلك عن الصحاح والقاموس وانما تقدّم نقله عن الاصحاب والّذي نقله عنهما هو تفسير المفازة بالفلاة فراجع ص ٦٦٨ ـ ٦٦٩.

(٥) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب اللقطة ج ١٧ ص ٣٥٤.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٧٥.

(٨) الحاكي عنه هو المقداد في التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١٢٠.

(٩) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٩.

(١٠) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٥٩.

لها[١]. بمعنى أنّ لقطة هذه الثلاثة تملك من غير تعريف إذا لم يكن عليها أثر الإسلام، وإلّا وجب التعريف. وهذا خيرة «التذكرة[٢] وشرح الإرشاد[٣]» لفخر الإسلام و«المقتصر[٤] واللمعة[٥] وجامع المقاصد[٦]». وفي «التنقيح» أنّ عليه الفتوى[٧]. وفي «جامع المقاصد[٨] والروضة» أنّه أشهر[٩]. لكنّ الموجود في «المبسوط» ـ بعد ملاحظته في الباب مراراً متعدّدة ـ: وإن وجده في طريق موات وكان من ضرب الجاهلية، فإن كان على وجه الأرض يكون لقطة، وإن كان مدفوناً في أرض ميّتة فلا يخلو من ثلاثة أقسام: أحدها أن يكون من ضرب الإسلام، والثاني أن يكون من ضرب الجاهليّة، والثالث ما لا يعرف هل هو من ضرب الإسلام أو من ضرب الجاهليّة، فإنّه يحكم له بحكم الركاز فخمسه لأهله والباقي لواجده[١٠]. والظاهر أنّ هناك سقطاً.

وقال في «الإرشاد»: المدفون في الأرض الّتي لا مالك لها أو المفاوز أو الخربة فهو لواجده[١١]. فقصر الحكم في الثلاثة على المدفون من غير تقييد. واقتصر في «التحرير» في موضع آخر على الأوّل، قال: مَن وجد مالاً مدفوناً في أرض لا مالك لها فهو له ويخرج خمسه إن بلغ النصاب[١٢]. ونحوه ما في «المراسم[١٣]

(١ و٧) التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١٢٠.
(٢) تذكرة الفقهاء: في لقطة المال ج ٢ ص ٢٦٥ س ١٧.
(٣) شرح الإرشاد للنيلي: في اللقطة ص ٦٦ س ٢١.
(٤) المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٥.
(٥) اللمعة الدمشقية: في لقطة المال ص ٢٤٠.
(٦ و٨) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٧٥.
(٩) الروضة البهية: في لقطة المال ج ٧ ص ١٢٠.
(١٠) المبسوط: في حكم اللقيط ... ج ٣ ص ٣٣٧ ـ ٣٣٨.
(١١) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٣.
(١٢) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٤.
(١٣) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦.

والوسيلة[١] وفقه الراوندي[٢]» وقد سمعت كلامه ولا ترجيح في «الروضة[٣]» كما أنّ المصنّف هنا استشكل، فكان الأصحاب في المقام على أنحاء متعدّدة.

وليُعلم أنّ المستفاد من أخبار الباب وكلام الأصحاب أنّ هذا الحكم إنّما هو فيما ليس له مالك موجود يرجى الوصول إليه ولا كذلك غيره من اللقطة، فإنّ له مالكاً بالفعل موجوداً غير مأيوس منه لكنّه غير معيّن، وهنا لا مالك لها لا معيّناً ولا غير معيّن، وإن كان فمأيوس من معرفته.

أمّا استفادة ذلك من الأخبار فأخبار الباب هي صحيحة محمّد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الدار يوجد فيها الورق، فقال: إن كانت معمورة فيها أهلها فهو لهم، وإن كانت خربة قد جلا أهلها فالّذي وجد المال أحقّ به[٤]. وصحيحته الاُخرى أيضاً عن أحدهما عليهما السلام قال: وسألته عن الورق يوجد في دار، فقال: إن كانت الدار معمورة فهي لأهلها، وإن كانت خربة فأنت أحقّ[٥]. والموثّق: قضى عليّ عليه السلام في رجلٍ وجد ورقاً في خربة أن يعرّفها، فإن وجد من يعرفها وإلّا تمتع بها[٦]. والمرسل في «الفقيه»: وإن وجدت لقطة في دار وكانت عامرة فهي لأهلها، وإن كانت خراباً فهي لمن وجدها[٧]. وموثّقة إسحاق بن عمّار «قال: سألت أبا إبراهيم عن رجلٍ نزل في بعض بيوت مكّة فوجد فيها نحواً من سبعين درهماً مدفونة فلم تزل معه حتّى قدم الكوفة كيف يصنع؟ قال: فليسأل عنها أهل المنزل لعلّهم يعرفونها، قلت: فإن لم يعرفوها؟ قال: يتصدّق بها[٨].

ولاريب أن المراد بالخربة ما جلا عنها أهلها واستنكر رسمها ولم يعلم لها

---

(١) الوسيلة: في اللقطة والضالّة ص ٢٧٨.

(٢) فقه القرآن للراوندي: في اللقطة والضالّة ج ١ ص ٣٩٥.

(٣) الروضة البهية: في لقطة المال ج ٧ ص ١١٩.

(٤ و٥ و٦ و٨) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب اللقطة ح ١ و٢ و٥ و٣ ج ١٧ ص ٣٥٤ و٣٥٥.

(٧) من لا يحضره الفقيه: في اللقطة والضالّة ذيل ح ٤٠٦٧ ج ٣ ص ٢٩٨.

مالك، وإلّا فلو علم أنّ لها مالكاً وجب أن يعرّف. وهذا الورق الّذي يوجد في هذا المكان ليس له مالك بالفعل كالّذي يجده الناس في الكوفة والمدائن وما خرب من سرّمن رأى، فالظاهر أنّه المال الّذي هلك صاحبه وباد أو انجلى عن جميع تلك البلاد، ولهذا اشترطوا جميعاً كونه في خربة. ويرشد إلى ذلك قول أبي العبّاس في «المهذّب[1]» والمقدّس الأردبيلي: إنّ المأخوذ من المفاوز يؤخذ فيه اليأس من المالك. بل في «مجمع البرهان»: إنّ هذا الشرط من المعلوم[2]. ويشهد على ذلك أنّ الأصحاب فهموا منها ذلك، لأنّهم ألحقوا بها الفلاة والبريّة والمفازة، لأنّها خربة وزيادة كما مرّ[3]، وألحقوا بها المدفون تحت الأرض الّتي لا مالك لها سواء كانت في العمران أو الفلاة لاشتراك الجميع في عدم المالك بالفعل أو اليأس منه، ولو لا أنّهم فهموا منها ذلك لما صحّ الإلحاق لبُعد ما بين الخربة والفلاة، وجعلوا ما يوجد على وجه الأرض الّتي لا مالك لها في العمران لقطة، لأنّ مثل ذلك له مالك بالفعل لكنّه غير معيّن، فاشترطوا في هذا الدفن دون الأوّلين.

وقد وصفت الخربة في «النهاية[4] والسرائر[5] والتحرير[6]» بكونها قد باد أهلها واستنكر رسمها. ونحو ذلك الصحيح[7]، وقد سمعت[8] ما في «الغنية وفقه الراوندي» وليس هو إلّا لأنّ ما يوجد فيها حيث تكون كذلك لا مالك له بالفعل أو مأيوس من

(١) المهذّب البارع: في اللقطة ج ٤ ص ٣١٢.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٧٦.
(٣) تقدّم في ص ٨٠٦.
(٤) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٠.
(٥) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠١.
(٦) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٣.
(٧) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٥٤.
(٨) تقدّما في ص ٨٠٥.

الوصول إليه، ولذلك اشترط في «المبسوط[١]» وما وافقه[٢] في كونه لواجده أن لا يكون عليه أثر الإسلام، وقالوا: لو كان عليه أثر الإسلام كان لقطة. ووجهه: أنّه حيث يكون عليه أثر الإسلام يكون له مالك بالفعل لكنّه غير معيّن فيجب تعريفه، وأمّا إذا لم يكن عليه أثر الإسلام فإنّه يعرف أنّه لا مالك له بالفعل كما هو الغالب المشاهد في الأخير، بل لعلّ أثر الإسلام في كلامهم كناية عن وجود مالك بالفعل وعدم أثره عبارة عن عدمه أو اليأس منه، فلو وجد سيفاً أو ثوباً أو قباءً ونحو ذلك في الخربة أو الفلاة وجب تعريفه، لكنّ هذا إنّما يلائم ما حكوه[٣] عن المبسوط مختارين له من دون ذكر توجيهه. وأمّا من وجّهه بأنّ سبق أثر الإسلام يدلّ على سبق ملك المسلم فتوجيهه على ما فهمناه أنّ سبق يد المسلم يقضي بأنّ له مالكاً بالفعل غير معيّن. ويرشد إلى ذلك أنّه أجاب في «التذكرة» عن الموثّقة[٤] بحملها على ما إذا كان على الورق أثر الإسلام أو على أنّ المالك معروف[٥]. ومراده أنّ لها مالكاً معروفاً لكنّه غير معيّن، ولا يمكن أن يريد المعروف المعيّن، لأنّها حينئذٍ لا تحتاج إلى التعريف، مع أنّه عليه‌السلام قضى أنّه يعرّفها كما هو واضح ظاهر. والغرض الآن بيان المراد من كلام الأصحاب سواء كان هذا التفصيل صحيحاً أو لا.

ويرشد إلى ذلك أيضاً قولهم: لو التقطه في الصحراء عرّفه في أيّ بلدٍ شاء كما

(١) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٣٨.

(٢) كفخرالمحقّقين في إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٥٩، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٧٥، والطباطبائي في رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤١٥ ـ ٤١٦.

(٣) منهم فخرالمحقّقين في إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٥٩، والعلّامة في مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٩، والطباطبائي في رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤١٦.

(٤) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب اللقطة ح ٥ ج ١٧ ص ٣٥٥.

(٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ٢٦٥ س ٢١.

تقدّم الكلام[1] فيه مستوفى، وقد قلنا هناك: إنّ مرادهم أنّه التقط فيها ما يعلم أو يظنّ أنّ له مالكاً بالفعل، لكنّه غير معيّن، وإلّا لأشكل الجمع بل لا يمكن الجمع، إذ الصحراء والفلاة والمفازة والبريّة والقفر هنا بمعنى كما تقدّم[2] بيانه، بل قد عبّر في «النافع[3]» وكذا «التنقيح[4]» بالفلاة هنا بدل المفاوز. ويرشد إلى ذلك أيضاً أنّ الشيخ في «المبسوط[5]» على ما وجدناه فيه وصاحب «الوسيلة[6]» والراوندي[7] والمصنّف في «الإرشاد[8] والتحرير[9]» قصروا الحكم على المدفون، لأنّه أبعد عن احتمال شبهة وجود المالك بالفعل، بل قد صرّح في «المبسوط» بأنّ ما كان على وجه الأرض الموات مضروباً بسكّة الجاهليّة لقطة كما سمعت[10].

وليُعلم أنّ أحداً من الأصحاب لم يقصر الحكم على الدار ولا على الورق كما في الأخبار بل فهموا العمومات (العموم ـ خ ل) وعدم الفرق. وفي «مجمع البرهان» كأنّ عدم الفرق بالإجماع[11]. هذا تمام كلام الأصحاب في المقام، ويأتي الكلام في الأدلّة.

وأمّا كلامهم في باب الخمس فظاهر «الدروس» الإجماع على أنّ المدفون في دار الإسلام في أرض موات لا مالك لها لقطة لو كان عليه أثر الإسلام حيث

(١ و ٢) تقدّم في ص ٧٧٢.
(٣) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٤.
(٤) التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١٢٢.
(٥) المبسوط: في حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٣٧.
(٦) الوسيلة: في اللقطة والضالّة ص ٢٧٨.
(٧) فقه القرآن للراوندي: في اللقطة والضالّة ج ١ ص ٣٩٥.
(٨) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٣.
(٩) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٤.
(١٠) تقدّم في ص ٨٠٧.
(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٧٥.

اقتصرعلى نسبة الخلاف إلى الخلاف[١]. وفي «المدارك[٢] والكفاية[٣] والمفاتيح[٤]» نسبته إلى أكثر المتأخّرين، وبه صرّح في «المبسوط[٥] والشرائع[٦] والتذكرة[٧] والتحرير[٨] والإرشاد[٩] والكتاب[١٠] والإيضاح[١١] والمسالك[١٢] والروضة[١٣]» مستندين في ذلك إلى الموثّقة[١٤] وإلى أنّه مالٌ ضائع عليه أثر ملك إنسان ووجد في دار الإسلام فيكون لقطة كغيره، وإلى أنّ أثر الإسلام يدلّ على سبق يد المسلم، والأصل بقاء ملكه، وهذا الأخير هو عمدة أدلّتهم. ولا يخفى عليك اختلاف كلام المحقّق[١٥] والمصنّف[١٦] والشهيدين[١٧] في البابين.

ويجاب[١٨] عمّا احتجّوا به بأنّ الرواية غير دالّة على هذا التفصيل، والجمع

---

(١) الدروس الشرعية: في ما يجب فيه الخمس ج ١ ص ٢٦٠.
(٢) مدارك الأحكام: فيما يجب فيه الخمس ج ٥ ص ٣٧١.
(٣) كفاية الأحكام: في ما يجب فيه الخمس ج ١ ص ٢١٠.
(٤) مفاتيح الشرائع: في وجوب الخمس في الكنوز ج ١ ص ٢٢٤.
(٥) المبسوط: في ما يجب فيه الخمس ج ١ ص ٢٣٦.
(٦) شرائع الإسلام: في ما يجب في الخمس ج ١ ص ١٨٠.
(٧) تذكرة الفقهاء: في ما يجب فيه الخمس ج ٥ ص ٤١٤.
(٨) تحرير الأحكام: في ما يجب فيه الخمس ج ١ ص ٤٣٦.
(٩) إرشاد الأذهان: في الخمس ج ١ ص ٢٩٢.
(١٠) قواعد الأحكام: في الخمس ج ١ ص ٣٦٢.
(١١) إيضاح الفوائد: في الخمس ج ١ ص ٢١٦.
(١٢) مسالك الأفهام: في ما يجب فيه الخمس ج ١ ص ٤٦٠ و٤٦٢.
(١٣) الروضة البهية: في الخمس ج ١ ص ٦٨ و٦٩.
(١٤) تقدّم في ص ٨٠٨.
(١٥) شرائع الإسلام: في ما يجب فيه الخمس ج ١ ص ١٨٠، وفي اللقطة ج ٣ ص ٢٩٣.
(١٦) تحرير الأحكام: في الخمس ج ١ ص ٤٣٦، وفي اللقطة ج ٤ ص ٤٦٤.
(١٧) الدروس الشرعية: في الخمس ج ١ ص ٢٦٠، وفي لقطة الأموال ج ٣ ص ٨٦، ومسالك الأفهام: في ما يجب فيه الخمس ج ١ ص ٤٦٠، ومسائل من اللقطة ج ١٢ ص ٥٢٤.
(١٨) المجيب هو العاملي في مدارك الأحكام: في ما يجب فيه الخمس ج ٥ ص ٣٧١.

بينها وبين الصحيحين غير منحصر في هذا التفصيل الّذي لا شاهد عليه، بل ولو ضممنا إلى أثر الإسلام كونه في بلاد الإسلام، لأنّه ممكن بما حكينا عن «التذكرة» من ثاني الوجهين، أو بحمل الصحيحين على الاستحقاق بعد التعريف، هذا كلّه بعد فرض التكافؤ، على أنّه قد قيل[1]: إنّها ـ أي الموثّقة ـ قضية في عين، وليس كذلك، لعدم وجود معيارها فيها لا كما في «الرياض». وما اعترض به على الجمع فيه ـ أي الرياض ـ باستلزام حمل الصحيحين على الفرد النادر إذ الغالب في بلاد الإسلام الّتي هي موردهما ـ أي الصحيحين ـ كون الدراهم والدنانير مسكوكة بسكّة الإسلام[2] فمدفوع بأنّ الغالب فيما يوجد في الثلاثة عدم كونه مسكوكاً بها كما هو مشاهد فيما يلتقطه الناس من الكوفة والشامات، بل في زمن ورودهما كاد ينحصر ما يوجد في الخرابات في غير مضروب الإسلام كما هو واضح.

ويجاب عن الثاني بأنّ المتبادر من اللقطة المال الضائع على غير هذا الوجه، وإطلاقها على المال المكنوز أوّلاً ممنوع، على أنّه يلزم من ذلك عدم الفرق بين ما عليه أثر الإسلام وغيره.

وعن الثالث بأنّ وجود أثر الإسلام لا يقتضي جريان ملك المسلم عليه، إذ يمكن صدور الأثر من غير المسلم ليعامل به المسلمين أو نحو ذلك كما اعترفوا في الموجود في دار الحرب، فإنّهم قالوا: إنّه لواجده وإن كان عليه أثر الإسلام، ولا نعلم أحداً يشترط في اللقطة أن تكون ملكاً لمسلم، بل هي المال الضائع لمسلم أو ذمّي أو معاهد، ثمّ إنّه ليس كلّ مال عُلم أنّه لمسلم يكون لقطة، هذا المال المجهول المالك لا يعرّف، بل يتصدّق به عند اليأس من صاحبه، فتأمّل. ثمّ إنّه من المعلوم بحسب العادة والقرائن أنّا إذا وجدناه في خربة مثل الكوفة نحكم بأنّه ممّا

---

(١) القائل هو الطباطبائي في رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤١٧.
(٢) رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤١٧.

خرج عن ملك أوّل من وصل إليه، فتأمّل. وأيضاً لا ينحصر كونه لمسلم في كونه مسكوكاً بسكّة الإسلام، إلّا أن تقول: إنّ ذلك على طريق المثال، فينبغي أن يكون مطمح نظرهم إلى ما ذكرناه من أنّ المدار في اللقطة على مالٍ له مالك بالفعل، لكنّه غير معيّن وغير مأيوس من معرفته، والمدار فيما نحن فيه على اليأس من ذلك، وأوضح طرق اليأس كونه غير مسكوك بسكّة الإسلام، لكونه مطّرداً لا يتخلّف في المسكوك بسكّة عادية ونحوها من ضروب الجاهليّة، وإلّا فأدلّتهم كما رأيت مع ذهاب معظمهم إلى ذلك، وقد سمعت[١] ما في «الدروس» من ظهور دعوى الإجماع أو الإيذان به.

ويمكن أن يستدلّ لهم بإطلاق الصحيح الناشئ من ترك الاستفصال عن الرجل يصيب درهماً أو ثوباً أو دابّةً كيف يصنع؟ قال: يعرّفها سنة، فإن لم تعرف حفظها في عرض ماله حتّى يجيء طالبها فيعطيها إيّاه، وإن مات أوصى بها وهو لها ضامن[٢]. إذ لا تفصيل فيه بين كون الدرهم في الفلاة أو العمران.

فإن قلت: ولا تفصيل فيه بين كونه عليه أثر الإسلام أو لا. قلت: أصحاب القول الآخر على ما فهم جماعة[٣] من مشايخنا المعاصرين يقولون: إنّه لواجده من دون تعريف، سواء كان عليه أثر الإسلام أو لم يكن، درهماً كان أو ثوباً، فكان بإطلاقه حجّة عليهم في إطلاقهم.

والمخالف في باب الخمس الشيخ في «الخلاف[٤]» وابن إدريس في «السرائر[٥]»

(١) تقدّم في ص ٨١١.

(٢) وسائل الشيعة: ب ٢٠ من أبواب اللقطة ح ٢ ج ١٧ ص ٣٧٠.

(٣) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في مسائل من اللقطة ج ١٢ ص ٥٢٣، والطباطبائي في رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤١٨، والبحراني في الحدائق الناضرة: في الخمس ج ١٢ ص ٣٣٣.

(٤) الخلاف: في الخمس ج ٢ ص ١٢٢ مسألة ١٤٩.

(٥) السرائر: في ما يجب فيه الخمس ج ١ ص ٤٨٦ ـ ٤٨٧.

وابن زهرة في «الغنية[١]» حيث لم يفصّلوا. وقد يظهر ذلك من «النهاية[٢] والوسيلة[٣]» لكنّه قال في «الغنية»: فيما إذا كان المدفون في ملك مسلم أو ذمّي ولم يعرفه أنّه يكون لقطة إذا كان عليه سكّة الإسلام[٤].

وكيف كان، فقد استدلّ[٥] للشيخ في النهاية وابن إدريس والمحقّق ومَن وافقهم في المقام وللشيخ في الخلاف ومَن وافقه في باب الخمس بالصحيحين[٦] وورودهما في الورق والدار لا يقضي بالاختصاص حتّى تكونا أخصّ من المدّعى لعدم القائل بالفصل، وقد سمعت[٧] ما في «مجمع البرهان». ثمّ إنّ ذلك يستلزم ثبوت الحكم في المفازة والمدفون تحت الأرض بالأولويّة كما سمعته[٨]. وقد عرفت[٩] الحال في أدلّة المبسوط وما وافقه في البابين، والإجماع الظاهر من الدروس لم نتحقّقه، وظهور الإجماع ليس بإجماع. فيحصل من ذلك على ما فهمه بعض[١٠] مَن عاصرناه أنّ كلّ ما يوجد في المفاوز والخربان أو كان مدفوناً في أرض غير مملوكة من درهم ودينار وسيف وكتاب وثوب ونحو ذلك فهو لواجده من دون تعريف، كما هو الشأن فيما يوجد في جوف الدابّة من دراهم أو دنانير أو جوهرة أو غير ذلك كما هو نصّ الصحيح[١١] الوارد فيه، وعليه فهم المعظم[١٢]. ولا فرق بين بطن الدابّة والأرض، مع

(١ و٤) غنية النزوع: في الخمس ص ١٢٩.
(٢) النهاية: في الخمس والغنائم ص ١٩٨.
(٣) الوسيلة: في الخمس ص ١٣٦ ـ ١٣٨.
(٥) كما في رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤١٦، والحدائق الناضرة: في الخمس ج ١٢ ص ٣٣٥ ـ ٣٣٦.
(٦) وسائل الشيعة: ب ٥ من أبواب اللقطة ح ١ و٢ ج ١٧ ص ٣٥٤ وقد تقدّم ما في ص ٨٠٤.
(٧) تقدّم في ص ٨٠٩.
(٨) تقدّم في ص ٨٠٦.
(٩) تقدّم في ص ٨١٠ ـ ٨١٢.
(١٠) كما في رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤١٨ ـ ٤١٩.
(١١) وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب اللقطة ح ٢ ج ١٧ ص ٣٥٩.
(١٢) منهم العاملي في مدارك الأحكام: في ما يجب فيه الخمس ج ٥ ص ٣٧٢ ـ ٣٧٤، ←

أنّ الوارد فيما نحن فيه صحيحان، مع حكاية الشهرة في «الكفاية[1]» مضافاً إلى أنّه لا يصدق على المدفون في بطن الأرض أنّه لقطة. فلا معنى لتعريفه وإن وجد عليه أثر الإسلام.

وفيه أوّلاً: أنّك قد عرفت[2] ما هو المستفاد من أخبار الباب وكلمات الأصحاب المطلقين والمفصّلين.

وثانياً: أنّك عرفت[3] أيضاً أنّه معارض بقولهم: ولو التقطه في الصحراء عرّفه في أي بلد شاء من دون نقل خلاف. وبقولهم: إنّ ما لا بقاء له ممّا يلتقط في الطريق أنّه يتخيّر بين البيع وتعريف الثمن وبين التقويم والتملّك والتعريف حولاً[4]. وقد تقدّم أنّ ظاهر «التذكرة» الإجماع عليه[5]. وبقولهم فيما تقلّ قيمته وتكثر منفعته: إنّه إذا بلغ الدرهم أنّه يعرّف كالإداوة والقربة والنعلين، ولا يمكن الجمع إلّا بما فهمناه[6]، أو بالفرق بين المفازة والصحراء والبرّية والفلاة، وقد عرفت[7] أنّه ممّا لا يصغى إليه.

وثالثاً: أنّه كما يستفاد من أخبار اللقطة أنّها المال الضائع كذلك يستفاد منها أنّها المال الّذي له مالك بالفعل موجود ولكنّه غير معيّن، فمتى وجد هذا وجب التعريف إلّا أن يحصل اليأس كما قدّمنا. والفارق بين بطن الدابّة وبطن الأرض هو النصّ الصحيح الصريح السالم عن كلّ ما ورد على الصحيحين فيما نحن فيه، على أنّ جماعة مخالفون فيما في جوف الدابّة كما ستعرف، على أنّ المناسب التنظير لما نحن فيه بالدابّة الغير المملوكة كالّذي يوجد في بطن السبع والغزال، وهم يقولون:

← والبحراني في الحدائق الناضرة: في الخمس ج ١٢ ص ٣٣٩، والطباطبائي في رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤١٩.

(١) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٣٥.

(٢) تقدّم في ص ٨٠٨ ـ ٨٠٩.

(٣) تقدّم في ص ٧٧٢ ـ ٧٧٣.

(٤) تقدّم في ص ٧٧٥ ـ ٧٧٧.

(٥) تقدّم في ص ٧٧٥ ـ ٧٧٦.

(٦) تقدّم في ص ٧٥٣ ـ ٧٥٦.

(٧) تقدّم في ص ٨٠٩ ـ ٨١١.

بتعريفه إذا كان عليه أثر الإسلام. وشهرة الكفاية هنا معارضة بشهرتها في باب الخمس مع زيادة «المدارك والمفاتيح» وبما تؤذن به عبارة «الدروس» من دعوى الإجماع.

وهذا منّا من باب التنزّل والتسليم والمماشاة لبعض مشايخنا المعاصرين كما عرفت[١]، وإلّا فقد عرفت أنّ المطلقين إنّما يريدون به ما قدّمناه من أنّه المال الّذي لا مالك له بالفعل يرجى وصوله إليه، والمدار عندهم على العلم أو الظنّ بذلك الجاري في العرف مجراه، سواء كان عليه أثر الإسلام أو لا. والمفصّلون يقولون: إنّا لا نعلم ذلك أو لا نظنّه إلّا بعدم وجود أثر الإسلام، كما أنّ الشرط في ذلك أن يكون في خربة أو مفازة أو مدفوناً، لكنّ الظاهر أنّ ذِكر الخربة والمفازة والدفن في الأخبار وكلام الأصحاب وذِكر عدم أثر الإسلام في كلام مَن عرفت إنّما هو لبيان ما يتحقّق به اليأس من المالك وعدم الظفر به، فلو حصل اليأس بغير ذلك كان الحكم كذلك، كما إذا وجده في جوف بحر أو نهر عظيم كما صرّح به في «المراسم[٢]» وكما إذا قطع صاحب الفندق بأنّ هذا المال للزوّار الّذين لا يعرفهم ولا يعرف بلادهم وقطع بأنّهم لا يرجى عودهم.

نعم إن حصل اليأس من عدم التعريف لعذرٍ أو لغير عذر ـ كأن بقيت عنده أحوالاً من دون تعريف حتّى حصل له القطع باليأس من المالك ـ كان بالخيار بين أن يتصدّق بها كالمال المجهول، وإن شاء عرّفها وتملّكها وإن كان التعريف لا يجدي ليأسه من المالك، كما أنّه لو عرّفها كان له أن يتملّكها وإن لم ييأس من المالك عملاً في الأمرين بإطلاق النصوص والفتاوى كما تقدّم[٣]، ولا كذلك المال المجهول المالك، فإنّه إن يئس من مالكه تصدّق به في الحال، وإن لم ييأس منه لا يجوز له

(١) تقدّم في ص ٨١٤.

(٢) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦.

(٣) تقدّم في ص ٨٠٨ ـ ٨١٠.

ولو كان لها مالك فهو له.

التصدّق به وإن بقي مائة عام، ولا يجوز له تملّكه في حال. وقد عرفت جميع موضوعاته في باب الوديعة[١] بما لا مزيد عليه. وحاصله: أنّه المال الغير الضائع الّذي وصل إليك من مالكه بلا واسطة أو بواسطة.

[فيما يكون الموجود في ملك]

قوله: ﴿ولو كان لها مالك فهو له﴾ قضاء لليد، لأنّه قد يكون هو الّذي دفنه، قال في «الخلاف»: إذا وجد ركازاً في دار ملك لمسلم أو ذمّي في دار الإسلام لا يتعرّض له إجماعاً[٢]. ولعلّ معناه أنّا ليس علينا أن نسأله عن ذلك ولا عن السبب الّذي ملكها به أهو الإحياء حتّى يكون كالموجود في المباح أو الابتياع حتّى نوجب عليه تعريف البائع إن لم يكن دخل الكنز في المبيع، بل يجب على الواجد إن كان مستعيراً أو مستأجراً أو نحو ذلك أن يعرّفه، فإن عرفه فهو له، وإن لا يعرفه فهو للواجد كما نصّ عليه في «الوسيلة[٣] والسرائر[٤] والشرائع[٥] والنافع[٦] والتبصرة[٧] واللمعة[٨] والتنقيح[٩] والمسالك[١٠] والروضة[١١]» وخمس «الكتاب[١٢] والتذكرة[١٣]» وقد

---

(١) تقدّم في ص ٣٣٧ ـ ٣٤٢.
(٢) الخلاف: في الخمس ج ٢ ص ١٢٣ مسألة ١٥٠.
(٣) الوسيلة: في اللقطة والضالّة ص ٢٧٨.
(٤) السرائر: في ما يجب فيه الخمس ج ١ ص ٤٨٧.
(٥) شرائع الإسلام: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩٣.
(٦) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٤.
(٧) تبصرة المتعلّمين: في اللقطة ص ١٠٧.
(٨) اللمعة الدمشقية: في لقطة المال ص ٢٤٠.
(٩) التنقيح الرائع: في أحكام اللقطة ج ٤ ص ١٢١.
(١٠) مسالك الأفهام: في مسائل من اللقطة ج ١٢ ص ٥٢٥.
(١١) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ١٢١.
(١٢) قواعد الأحكام: في الخمس ج ١ ص ٣٦١.
(١٣) تذكرة الفقهاء: في الخمس ج ٥ ص ٤١٤.

ولو انتقلت عنه بالبيع إليه عرّفه، فإن عرّفه فهو أحقّ به، وإلّا فهو لواجده،

سمعت[١] ما في «المقنع». وقال في خمس «التحرير»: إن وجده في أرضٍ مملوكةٍ لمسلم أو معاهد فهو لصاحبها إن اعترف به، وإلّا فلأوّل مالك، وإن لم يعرفه ففي تملّك الواجد إشكال[٢]. وفي «الغنية» إن وجد مدفوناً في ملك مسلم أو ذمّي وجب تعريفه، فإن عرفه أخذه، وإن لم يعرفه وكان عليه سكّة الإسلام فهو بمنزلة اللقطة، وإن لم يكن كذلك كان بعد إخراج الخمس لمن وجده بدليل الإجماع[٣]. والكلام إنّما هو في المدفون، وستسمع ما في «النافع» وتمام الكلام في المسألة الآتية.

قوله: ﴿ولو انتقلت عنه بالبيع إليه عرّفه، فإن عرّفه فهو أحقّ به، وإلّا فهو لواجده﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «المقنعة[٤] والنهاية[٥] والمراسم[٦] والشرائع[٧] والنافع[٨] والتحرير[٩]» في الباب. وفي «الرياض» أنّه لا يجد فيه خلافاً[١٠]. وفي «الكفاية» ما يوجد مدفوناً في أرض كان لها مالك أو بائع فالمشهور أنّه يعرّف المالك أو البائع، فإن عرفه فهو له، وإلّا فهو لواجده[١١]. وكلام المصنّف

---

(١) تقدّم في ص ٨٠٤ ـ ٨٠٥.

(٢) تحرير الأحكام: في الخمس ج ١ ص ٤٣٦.

(٣) غنية النزوع: في الخمس ص ١٢٩ ـ ١٣٠.

(٤) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٦ ـ ٦٤٧.

(٥) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢١.

(٦) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦.

(٧) شرائع الإسلام: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩٣.

(٨) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٤.

(٩) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٤.

(١٠) رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤١٨.

(١١) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٣٥.

والجماعة إنّما هو في المدفون. وقال في «الروضة»: لو وجده في الأرض المملوكة غير مدفون كان لقطة، إلّا أنّه يجب تقديم تعريف المالك، فإن ادّعاه فهو له، وإلّا عرّفه [١]. لكن في «النافع [٢] والرياض»: لو وجده في أرضٍ لها مالك أو بائع ولو كان ما وجد فيها مدفوناً عرّفه المالك أو البائع، فإن عرفه وإلّا فهو لواجده. فعمّما الحكم لغير المدفون بل جعلا الحكم فيه أجلى. بل نفى عنه الخلاف في «الرياض [٣]» وهو يخالف قواعد اللقطة.

وقضيّة كلام المحقّق في خمس «الشرائع [٤]» والمصنّف في خمس «الإرشاد [٥]» وكذا «الكتاب» في المقام أنّ ذلك إذا لم يكن عليه أثر الإسلام، وإن كان عليه أثره فلقطة كما هو صريح «المبسوط [٦] والتذكرة [٧]» في البابين و«التحرير [٨] والكتاب [٩]» في الخمس و«الدروس [١٠] وجامع المقاصد [١١] والمسالك [١٢] والروضة [١٣]» وقد سمعت [١٤] ما في «الغنية». وفي «التنقيح» أنّه إن كان عليه أثر الإسلام فلقطة إجماعاً، وإن لم يكن فللشيخ فيه قولان: أحدهما أنّه لقطة، والثاني أنّه لواجده، وعليه

(١ و١٣) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ١٢١ و١١٩.
(٢) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٤.
(٣) رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤١٧ ـ ٤١٨.
(٤) شرائع الإسلام: في ما يجب فيه الخمس ج ١ ص ١٧٩ ـ ١٨٠.
(٥) إرشاد الأذهان: في الخمس ج ١ ص ٢٩٢.
(٦) المبسوط: في ما يجب فيه الخمس ج ١ ص ٢٣٦، وفي حكم اللقيط ج ٣ ص ٣٣٧ ـ ٣٣٨.
(٧) تذكرة الفقهاء: في الخمس ج ٥ ص ٤١٤، وفي لقطة المال ج ٢ ص ٢٦٥ س ١٧.
(٨) تحرير الأحكام: في الخمس ج ١ ص ٤٣٦.
(٩) قواعد الأحكام: في الخمس ج ١ ص ٣٦٢.
(١٠) الدروس الشرعية: في لقطة الأموال ج ٣ ص ٨٦.
(١١) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٧٦.
(١٢) مسالك الأفهام: في مسائل من اللقطة ج ١٢ ص ٥٢٥.
(١٤) تقدّم في الصفحة السابقة.

الفتوى[1]. ومع ذلك قال في «الكفاية»: إنّ الأكثر عَلَى عدم الفرق بين ما عليه أثر الإسلام وغيره[2].

وإطلاق كلامهم يقضي بعدم الفرق بين القليل والكثير، وبه صرّح في «المسالك[3]» ولعلّه للأصل واختصاص مادلّ على تملّك القليل من دون تعريف باللقطة، وهذا ليس منها، لكنّه إنّما يتمّ على القول بعدم الفرق بين ما عليه أثر الإسلام وغيره، وأمّا على القول بالفرق فإنّ ما عليه أثر الإسلام لقطة.

وفي معنى البائع مَن انتقل عنه بغير البيع من أسباب التمليك كما نصّ عليه جماعة[4].

وظاهر إطلاق جماعة[5] وصريح آخرين كالمصنّف[6] والشهيدين[7] والمحقّق الثاني[8] وغيرهم[9]: أنّه إن عرفه المالك أو البائع يدفع إليه من غير بيّنة ولا يمين ولا وصف. وقد استدلّ المحقّق الثاني والشهيد الثاني وغيرهما على أنّه يدفع إلى المالك أو البائع إذا عرفه بالصحيحين. وقال في «المسالك» أيضاً: إنّ إطلاق

---

(١) التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١٢١.

(٢) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٣٦.

(٣) مسالك الأفهام: في مسائل من اللقطة ج ١٢ ص ٥٢٥.

(٤) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٧٦، والشهيد الثاني في المسالك: في مسائل من اللقطة ج ١٢ ص ٥٢٥، والخراساني في الكفاية: في اللقطة ج ٢ ص ٥٣٦.

(٥) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في اللقطة ج ٣ ص ٢٩٣، والعلّامة في تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٤، والخراساني في كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٣٥.

(٦) قواعد الأحكام: في الخمس ج ١ ص ٣٦١.

(٧) الدروس الشرعية: في الخمس ج ١ ص ٢٦٠، ومسالك الأفهام: في مسائل من اللقطة ج ١٢ ص ٥٢٥.

(٨) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٧٦.

(٩) كرياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤١٧.

الحكم ـ أي من المحقّق ـ بكونه لواجده مع عدم اعتراف المالك أو البائع به الشامل لما عليه أثر الإسلام وعدمه تبع لإطلاق النصّ [١].

وقد يقال [٢]: ليس في الصحيحين دلالة على شيء من الحكمين، لأنّ في أحدهما إن كانت ـ أي الدار ـ معمورة فيها أهلها، وهو المراد بالمعمورة في الآخر. ويجاب بأنّ المراد بالمعمورة الّتي فيها أهلها في الخبرين الّتي ما هلك أهلها وبادوا ولا انجلوا عنها وبعدوا كما يدلّ عليه مقابلتها بالخربة. نعم لا دلالة فيهما علَى الحكم الثاني ـ أعني كونه لواجده ـ مع عدم اعتراف المالك أو البائع، ولعلّه لذلك استشكل في «التحرير [٣]» مع قوله عليه السلام في موثّقة إسحاق الّتي قد سمعتها [٤]: «يتصدّق بها» وإن حمل على الاستحباب، ولا يصحّ أن تراد بالنصّ في قوله «لإطلاق النصّ».

ويمكن الاستدلال عليه بالصحيح الوارد فيما يوجد في جوف الجزور والبقرة فإنّه حكم فيه بأنّه يعرّفه البائع، فإن لم يعرفه فالشيء له [٥]. فيكون من باب تنقيح المناط، لعدم الفرق بين الأرض والدابة، فتأمّل. ويستدلّ [٦] به أيضاً على تعريف البائع أو المالك، إذ الصحيحان خاليان عنه، وتعريف المالك غير الدفع إليه، وبه يفرّق بينه وبين ما سبق على تأمّلٍ فيه، وبموثقة إسحاق الّتي أشرنا إليها، فإنّه عليه السلام أمره بأنّه يسأل أهل المنزل.

ويمكن الاستدلال على الجميع بإجماع «الغنية [٧]» المعتضد بالشهرة، بل

(١) مسالك الأفهام: في مسائل من اللقطة ج ١٢ ص ٥٢٥.
(٢) لم نعثر على هذا القول ولا على جوابه.
(٣) تحرير الأحكام: في الخمس ج ١ ص ٤٣٦.
(٤) تقدّم في ص ٨٠٨.
(٥) وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب اللقطة ج ١٧ ص ٣٥٨.
(٦) كما في المسالك: في مسائل من اللقطة ج ١٢ ص ٥٢٥ ـ ٥٢٦.
(٧) غنية النزوع: في اللقطة ص ١٢٩ ـ ١٣٠.

وهل يجب تتبّع مَن سبقه من الملّاك؟ إشكال.

الإجماع معلوم على تعريف المالك وأنّه إن عرفه كان له وإن لم يعرفه فهو للواجد إن (وإن ـ خ ل) لم يكن عليه أثر الإسلام.

ومنه يُعلم الحال في مناقشة صاحب «المدارك» في وجوب تعريفه لذي اليد إذا احتمل عدم جريان يده عليه، لأصل البراءة وأصل عدم التقدّم[1] مع أنّ الأصل الثاني معارض بمثله. والحال في إجماع «التنقيح[2]» على أنّه لقطة إذا كان عليه أثر الإسلام ما عرفت من حصول اليأس وعدمه، ولذلك اشترط عدمه هنا من اشترط.

قوله: ﴿وهل يجب تتبّع من سبقه مَن الملّاك؟ إشكال﴾ قال في «الإيضاح» ينشأ من وجود المقتضي وعدم النصّ فإنّه جاء بتعريف البائع له[3]. قلت: لا نصّ في المقام كما تقدّم، وإنّما هو في الدابّة، ولعلّه نقّح المناط ومراده بالمقتضي أنّه كان في يده ولم يعلم الانتقال عنه. والأولى أن يجعل منشأ الوجه قولهم: إنّه للواجد إن لم يعرفه المالك أو البائع كما عرفت.

ووجوب التتبّع خيرة «التذكرة[4] والتحرير[5] والدروس[6] وجامع المقاصد[7] والمسالك[8] والروضة[9] والكفاية[10]» بعض ذكره في الباب، وبعض في الخمس،

---

(١) مدارك الأحكام: في ما يجب فيه الخمس ج ٥ ص ٣٧٢.

(٢) التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١٢١. (٣) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٥٩.

(٤) تذكرة الفقهاء: في الخمس ج ٥ ص ٤١٤.

(٥) تحرير الأحكام: في الخمس ج ١ ص ٤٣٦.

(٦) الدروس الشرعية: في الخمس ج ١ ص ٢٦٠.

(٧) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٧٦.

(٨) مسالك الأفهام: في مسائل من اللقطة ج ١٢ ص ٥٢٥.

(٩) الروضة البهية: في الكنز من الخمس ج ٢ ص ٦٨.

(١٠) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٣٦، وفيما يجب فيه الخمس ج ١ ص ٢١٠.

وكذا التفصيل لو وجده في جوف دابّة،

قالوا: فيجب عليه تعريف كلّ من جرت يده على المبيع مقدّماً الأقرب فالأقرب.

ولعلّ المراد بالبائع في كلام مَن أطلق الجنس ليشمل القريب والبعيد. وهل يجب (يجري ـ خ ل) ذلك في المستأجر والمستعير؟ احتمالان.

[فيما يكون الموجود في جوف دابّة]

قوله: ﴿وكذا التفصيل لو وجده في جوف دابّة﴾ يعني أنّه يعرّفه البائع، فإن عرفه فهو أحقّ به، وإلّا فللواجد كما هو المحكي عن عليّ بن بابويه[1] والقاضي[2]. وهو خيرة «المقنع[3] والمقنعة[4] والنهاية[5] والمراسم[6] والوسيلة[7] والسرائر[8] والشرائع[9] والنافع[10] وكشف الرموز[11] والتذكرة[12] والتحرير[13] والإرشاد[14] والتبصرة[15] واللمعة[16] والتنقيح[17] والمفاتيح[18]» وكذا «المسالك[19]» بعض ذكره في

---

(١) الحاكي عنه هو العلّامة في مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٩٥.

(٢) الحاكي عنه هو المقداد في التنقيح الرائع: في مسائل من اللقطة ج ٤ ص ١٢١.

(٣) المقنع: في اللقطة ص ٣٨٠ ـ ٣٨١. (٤) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٧.

(٥) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢١. (٦) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦.

(٧) الوسيلة: في اللقطة والضالّة ص ٢٧٩. (٨) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٦.

(٩) شرائع الإسلام: في مسائل من اللقطة ج ٣ ص ٢٩٣.

(١٠) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٤. (١١) كشف الرموز: في اللقطة ج ٢ ص ٤١٣.

(١٢) تذكرة الفقهاء: في اللواحق من اللقطة ج ٢ ص ٢٦٥ س ٢٦.

(١٣) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٤. (١٤) إرشاد الأذهان: في الخمس ج ١ ص ٢٩٢.

(١٥) تبصرة المتعلّمين: في اللقطة ص ١٠٧. (١٦) اللمعة الدمشقية: في لقطة المال ص ٢٤٠.

(١٧) التنقيح الرائع: في أحكام اللقطة ج ٤ ص ١٢١.

(١٨) مفاتيح الشرائع: في موارد الّتي تسقط التعريف فيها وتملك ج ٣ ص ١٨٠.

(١٩) مسالك الأفهام: في ما يجب فيه الخمس ج ١ ص ٤٦١ ـ ٤٦٢، وفي مسائل من اللقطة ج ١٢ ص ٥٢٥ ـ ٥٢٦.

الباب، وبعض في باب الخمس. ونسب في «التذكرة» إلى علمائنا أنّه يجب عليه تعريف البائع، فإن عرفه وإلّا فهو للواجد[١]. وفي «المهذّب البارع[٢] والمقتصر[٣]» يجب على المشتري تعريف البائع إجماعاً.

وفي «الروضة» أنّ ظاهر الفتوى والنصّ عدم الفرق بين ما عليه أثر الإسلام وغيره[٤]. وفي «المدارك» أطلق الأصحاب من غير فرق بين ما عليه أثر الإسلام وغيره، بل الظاهر كون الدراهم في ذلك الوقت مسكوكة بسكّة الإسلام[٥]. وفي «جامع المقاصد» ينبغي أن يقال: مع وجود أثر الإسلام يكون لقطة[٦] لكن الصحيحة[٧] على خلافه. وهذا التقييد قد يظهر من خمس «الشرائع[٨]» وهو خيرة «المختلف[٩] والمسالك[١٠]» في الخمس و«الروضة[١١]» في البابين، بل نفى البُعد في «المختلف» في آخر كلامه عن القول بوجوب التعريف لما يجده في بطن الدابّة مطلقاً سواء كان عليه أثر الإسلام أم لا[١٢]. وهو الذي استقرّ عليه رأيه في «جامع المقاصد» ذكره في مسألة السمكة وقال: إنّه هو الذي يقتضيه النظر[١٣].

---

(١) تذكرة الفقهاء: في اللواحق من اللقطة ج ٢ ص ٢٦٥ س ٢٧.
(٢) المهذّب البارع: في مسائل من اللقطة ج ٤ ص ٣١٢.
(٣) المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٥.
(٤) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ١٢٢.
(٥) مدارك الأحكام: في ما يجب فيه الخمس ج ٥ ص ٣٧٣.
(٦) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٧٧.
(٧) وسائل الشيعة: ب ٩ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٥٨ وسيأتي ذكرها في الصفحة الآتية.
(٨) شرائع الإسلام: في ما يجب فيه الخمس ج ١ ص ١٨٠.
(٩) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٩٥
(١٠) مسالك الأفهام: في ما يجب فيه الخمس ج ١ ص ٤٦١ ـ ٤٦٢.
(١١) الروضة البهية: في الكنز من الخمس ج ٢ ص ٦٩، وفي اللقطة ج ٧ ص ١٢١ ـ ١٢٣.
(١٢) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٩٦.
(١٣) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٧٩.

ولعلّه لا وجه لذلك كلّه بعد تطابق الفتاوى والنصّ الصحيح على الإطلاق، ففي صحيحة عبدالله بن جعفر قال: «كتبت إلى الرجل أسأله عن رجلٍ اشترى جزوراً أو بقرةً للأضاحي، فلمّا ذبحها وجد في جوفها صرّة فيها دراهم أو دنانير أو جوهراً لمن يكون ذلك؟ قال: فوقّع عليه السلام: عرّفها البائع، فإن لم يكن يعرفها فالشيء لك رزقك الله إيّاه»[1] ويستفاد منها أيضاً أنّه لا يجب تتبّع من جرت يده على الدابّة من الملّاك، وهو كذلك، إذ من الجائز عدم جريان ذي الملك المتقدّم على هذا الموجود، بل لو علم تأخّر ابتلاع الدابّة لما وجد في جوفها عن البيع لم يبعد سقوط تعريف البائع. وفي «جامع المقاصد» أنّه يعرّفه البائع، فإن عرفه فهو له، وإلّا فمن قبله[2]. والوجه في وجوب تعريف البائع سبق يده وظهور كونه من ماله دخل في علفها، لبُعد وجوده في الصحراء واعتلافه.

والمراد بالدابّة في كلامهم الأهليّة المملوكة بالأصل ففارقت السمكة، قال في «المختلف»: ولمّا كانت الأحكام الشرعيّة غالباً منوطة بالغالب دون النادر. وكان الغالب فيما تبتلعه الدابّة أنّه من دار البائع وفيما تبتلعه السمكة من البحر أوجب الشارع التعريف للأوّل دون الثاني حتّى أنّا لو عرفنا تضادّ الحال في البابين حكمنا بضدّ الحكمين[3].

وهي أعمّ من أن تكون فرساً أو غيرها وإن كانت في عرفهم تنصرف إلى الفرس. لأنّ ذلك قضيّة كلامهم ودليلهم.

وقد سها القلم في «جامع المقاصد[4]» فأثبت عليّ بن جعفر مكان عبدالله بن جعفر الحميري، وتبعه على ذلك الشهيد الثاني في «الروضة[5]»

---

(١) تقدّم في ص ٨٢٢ هامش ٥ والصفحة السابقة هامش ٧.

(٢ و ٤) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٧٧.

(٣) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٩٦.

(٥) الظاهر أنّ ما ذكره الشارح رحمه الله من أنّ قلم جامع المقاصد سها حيث أثبت مكان عبدالله بن ←

أمّا لو وجده في جوف سمكة فهو لواجده،

وموضعين من «المسالك[١]».

ومن الغريب ما في «المهذّب البارع» فإنّه ذكر بعد ما نقلناه عنه آنفاً تذنيباً سمّاه تحصيلاً، قال: إذا وجد شيئاً في جوف دابّة فإن كان عليه أثر الإسلام فهو لقطة، قاله الشيخ في المبسوط، وهو مذهب الأكثر، وفي النهاية أطلق القول بتملّك المشتري له مع عدم معرفة البائع، وتبعه ابن إدريس، وإن لم يكن عليه أثر الإسلام وعرفه البائع فهو أحقّ به، وإن لم يعرفه ملكه الواجد، وعليه الأصحاب[٢]، انتهى. وأنت قد عرفت كلام الأصحاب جميعاً.

[فيما يكون الموجود في جوف سمكة]

قوله: ﴿أمّا لو وجده في جوف سمكة فهو لواجده﴾ كذا أطلق الأصحاب كما في «التذكرة[٣] وجامع المقاصد[٤]» وكذا «الكفاية[٥]» وستسمع ما في «المهذّب البارع والمقتصر والتنقيح» وبه صرّح في «المقنعة[٦] والنهاية[٧]

← جعفر: عليّ بن جعفر صحيح. وذلك لأنّ الخبر كما ترى مكاتبة وعليّ بن جعفر إنّما كان يسأل أخاه موسى عليه السلام ولم يكاتبه، ولم ينقل في كتب الرجال ولا في الأخبار مكاتبة عن عليّ بن جعفر حسب ما تفحّصنا، وإنّما المكاتبة كانت من أمر عبدالله بن جعفر الحميري. هذا ولا يخفىٰ عليك أنّا راجعنا مكاتبات الحميري الّتي رواها المجلسي في البحار ج ٥٣ ولم نرفيها هذه المكاتبة، فتأمّل جيّداً. وأمّا الشهيد الثاني في الروضة ففي الطبعة الرحلية الأمر كما ذكره الشارح، وأمّا في الطبعة الجديدة فقد صحّحوه وذكروا مكان عليّ بن جعفر عبدالله بن جعفر، فراجع الروضة البهية الرحلية: ج ٢ ص ٢٤٨، والمطبوعة: ج ٧ ص ١٢١.

(١) مسالك الأفهام: في ما يجب فيه الخمس ج ١ ص ٤٦٢، وفي مسائل من اللقطة ج ١٢ ص ٥٢٦.

(٢) المهذّب البارع: في اللقطة ج ٤ ص ٣١٤.

(٣) تذكرة الفقهاء: في لقطة الأموال ج ٢ ص ٢٦٥ س ٣٣.

(٤) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٧٨.

(٥) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٣٦.

(٦) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٧.

(٧) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢١ ـ ٣٢٢.

والوسيلة[١] والشرائع» في موضعين[٢] منها و«كشف الرموز[٣] والكتاب والإرشاد[٤]» في الخمس و«التحرير[٥]» في موضع منه و«الإيضاح[٦] واللمعة[٧]» وهو المحكي[٨] عن القاضي. وقال في «الرياض»: عليه المتأخّرون[٩] قاطبة. وستسمع كلام باقي المتأخّرين.

وفي «التنقيح» أنّ الفتوى على ما ذكره الشيخان[١٠] بتفصيلٍ تسمعه. وقال في «المراسم»: إنّ ما يوجد في بطون ما يذبح للأكل والسموك إن انتقل إليه بميراث أو من بحر وماء أُخرج خمسه والباقي ملكه، فإن انتقل إليه بالشراء عرّف ذلك البائع، فإن عرفه ردّه إليه وإلّا أخرج خمسه والباقي له[١١]. وقال في «السرائر»: لا فرق بين الحيوان المذبوح والسمكة إذا وجد في جوفها شيئاً في أنّه يجب تعريفه للبائع قلّ عن الدرهم أو كثر، فإن عرفه وإلّا أخرج خمسه وكان له الباقي، لأنّ البائع باع هذه الأشياء ولم يبع ما وجده المشتري، فلذلك وجب تعريف البائع[١٢].

والّذي حقّقه في «المختلف» أنّ الموجود إمّا أن يكون عليه أثر الإسلام أو لا، فإن كان وجب تعريفه من البائع وغيره لسبق ملك المسلم عليه، ويكون حكمه حكم اللقطة، لأنّه مال مسلم ضائع فوجب التعريف حولاً، إذ الحيوان هنا كالآلة،

(١) الوسيلة: في اللقطة والضالّة ص ٢٧٩.
(٢) شرائع الإسلام: في ما يجب فيه الخمس ج ١ ص ١٨٠، وفي مسائل من اللقطة ج ٣ ص ٢٩٣.
(٣) كشف الرموز: في اللقطة ج ٢ ص ٤١٣.
(٤) إرشاد الأذهان: في الخمس ج ١ ص ٢٩٢.
(٥) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٥.
(٦) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٥٩.
(٧) اللمعة الدمشقية: في لقطة المال ص ٢٤٠.
(٨) الحاكي عنه هو الطباطبائي في رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤٢٠.
(٩) رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤٢٠.
(١٠) التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١٢٢.
(١١) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦.
(١٢) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠٦.

وإن لم يكن عليه أثره فليس ببعيد من الصواب القول بوجوب التعريف لما يجده في بطن السمكة ممّا ليس أصله البحر، أمّا إذا كان أصله البحر فلا[1]. وقد اختاره في «كتابيه[2]» أبو العبّاس، ونفى عنه في «التذكرة» البأس، لكن قال: ما كان أصله البحر للصيّاد[3]. وقضيّته أنّ المشتري يعرّفه البائع. وقال في «المهذّب»: إن المستند إجماع علمائنا، وإطلاق سلاّر يحمل على التفصيل، ولا عبرة بندور ابن إدريس[4].

وقال في موضع آخر من «التحرير»: لو اصطاد سمكة فوجد فيها درّة فهي له، فإن باعها الصيّاد ولم يعلم فيه قولان: أحدهما أنّه يعرّفها البائع فإن طلبها كان له أخذها، وهو الوجه عندي، والثاني للمشتري. وكذا لو وجد في جوفها عنبرة أو شيئاً ممّا يخلق في البحر. ولو وجد دراهم أو دنانير فالوجه أنّها لقطة، فإن وجدها الصيّاد لزمه التعريف، وإن وجدها المشتري فعليه التعريف، ثمّ قال: وأطلق علماؤنا القول في ذلك فأوجبوا تعريف البائع، فإن عرفها فهي له، وإلّا أخرج خمسه وحلّ له الباقي[5]، انتهى. وقد عرفت ما أطلقه علماؤنا.

وفصّل في «التنقيح» بأنّ ما عليه أثر الإسلام في بطن السمكة يجب تعريفه، وما ليس عليه أثره فإن اشترطنا في تملّك المباحات النيّة فهو للواجد، وإن لم نشترط نظرنا في الغالب من حال الحيوان، والغالب أنّ الدابّة تبتلع من دار البائع والسمكة من البحر، وقد ينعكس لكنّه نادر، ثمّ قال: فالفتوى إذن على ما ذكره الشيخان[6].

وقال في «جامع المقاصد»: إنّ الّذي يقتضيه النظر أنّ ما في جوف السمكة

---

(١) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٩٥ ـ ٩٦.

(٢) المهذّب البارع: في مسائل من اللقطة ج ٤ ص ٣١٢، المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٥.

(٣) تذكرة الفقهاء: في اللواحق من اللقطة ج ٢ ص ٢٦٥ س ٣١ و٣٤.

(٤) المهذّب البارع: في مسائل من اللقطة ج ٤ ص ٣١٢ ـ ٣١٣.

(٥) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٧٥.

(٦) التنقيح الرائع: ج ٤ ص ١٢٢.

المأخوذة من غير المياه المحصورة وليس عليه أثر ملك مالك للواجد على ظاهر مذهب الأصحاب، وما عداه لقطة[١]. وهذا خيرة «الروضة[٢]» وخمس «المسالك[٣]» وظاهر «النافع[٤]». ولقطة «المسالك[٥]» التردّد.

ولا ريب أنّ إطلاق الحكم في السمكة مبنيّ على الأصل والغالب فيها من كونها مباحة بالأصل مملوكة بالاصطياد، فيندفع اعتراض «جامع المقاصد[٦]» عن العبارة، فلو كانت مملوكة كالموجودة في ماء محصور مملوك فحكمها حكم الدابّة، كما أنّ الدابّة لو كانت مباحة الأصل فحكمها حكم السمكة، فإطلاق الحكم فيها مبنيّ على الغالب، مضافاً إلى قرينة مستند الحكم فيهما، وقد سمعت ما في المختلف[٧] ولمّا كان ملك المباحات متوقّفاً على الحيازة والنيّة المتوقّفة على العلم بالمتملّك لم يتوجّه ملك الصيّاد لما في بطنها من المال، لعدم شعوره به، فكان لواجده.

ويدلّ على توقّف ملك المباحات على النيّة ما استفاض من النصوص المرويّة فيما حكي «في قصص الأنبياء[٨] والأمالي[٩] وتفسير[١٠] مولانا العسكري عليه السلام والكافي[١١]» حيث تضمّنت تقريرهم عليهم السلام لجماعة كثيرين في تصرّفهم فيما وجده في جوفها بعد الشراء من دون تعريف مع اشتمالها على المعجز، وأسانيدها تجبرها الشهرة ويعضدها الإجماع الظاهر من «المختلف» وكذا «التذكرة[١٢]». قال في

(١ و٦) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٧٩.
(٢) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ١٢٣.
(٣) مسالك الأفهام: في ما يجب فيه الخمس ج ١ ص ٤٦١ ـ ٤٦٢.
(٤) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٤.
(٥) مسالك الأفهام: في مسائل من اللقطة ج ١٢ ص ٥٢٦.
(٧) تقدّم في ص ٨٢٨ ـ ٨٢٩.
(٨) قصص الأنبياء للراوندي: ح ٢٢٤ ص ١٨٤.
(٩) أمالي الصدوق: ح ٣ ص ٣٦٧ ـ ٣٦٨.
(١٠) التفسير المنسوب إلى الإمام العسكري عليه السلام: ح ٣٥٧ ص ٦٠١ ـ ٦٠٤.
(١١) روضة الكافي: في حديث العابد ج ٨ ص ٣٨٥ ح ٥٨٥.
(١٢) تذكرة الفقهاء: في اللواحق من اللقطة ج ٢ ص ٢٦٥ س ٣٣.

«المختلف»: إنّ أصحابنا لمّا لم يفتوا بالتملّك للبائع مع عدم معرفة ما في جوفها دلّ على بطلان القول بعدم اشتراط النيّة في تملّك المباحات، وعلى اشتراطها في تملّكها[1]. وهذه هي الدقيقة الّتي أشار إليها المصنّف بقوله «وتحته دقيقة».

واحتمل في «جامع المقاصد» أنّ ذلك لا يعدّ حيازة، لأنّ حيازة الشيء أخذه وحفظه والاختصاص به، ولا يكون ذلك إلّا مع العلم[2]. وفيه: أنّ اشتراط العلم غير واضح، لأنّ مرجع الحيازة إلى الاستيلاء ووضع اليد، فاعتبار أمرٍ آخر لا دليل عليه.

والمسألة موضع تردّد للمصنّف في كتاب الشركة من «الكتاب[3] والتحرير[4]» وللمحقّق في كتاب شركة «الشرائع[5]» واختلف كلام «المبسوط[6]» ففي مواضع حكم بالتوقّف على النيّة، وعكس في مواضع كما يأتي بيانه في كتاب الشركة. وخيرة شركة «الإيضاح[7] والمسالك[8]» التوقّف على النيّة. وهناك قول ثالث، وهو الاكتفاء بالحيازة مع عدم نيّة عدم التملّك، وهو خيرة شركة «جامع المقاصد[9]».

وكيف كان، فالقول بالتوقّف هو الصحيح لما سمعت، مضافاً إلى أنّ الأصل عدم الملك في المباح، خرج عنه ما حصل بالحيازة والنيّة معاً وبقي الباقي. وتمام الكلام في باب الشركة[10]. فإنّا ذكرنا هناك أدلّتهم جميعاً وبيّنّا الحال فيها، وفيما

---

(١) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ٩٦.
(٢) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٧٨.
(٣) قواعد الأحكام: في الشركة ج ٢ ص ٣٣٠.
(٤) تحرير الأحكام: في أحكام الشركة ج ٣ ص ٢٣٥.
(٥) شرائع الإسلام: في لواحق الشركة ج ٢ ص ١٣٣.
(٦) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٣.
(٧) إيضاح الفوائد: في أحكام الشركة ج ٢ ص ٣٠٣.
(٨) مسالك الأفهام: في أحكام الشركة ج ٤ ص ٣٢٤ ـ ٣٢٥.
(٩) جامع المقاصد: في الشركة ج ٨ ص ٥٠ ـ ٥٢.
(١٠) سيأتي في ج ٧ ص ٤٢١ و ٤٢٢ من الطبعة الرحلية الّذي يصير حسب تجزئتنا الجزء العشرين.

وتحته دقيقة.

ولو وجد في صندوقه أو داره مالاً ولا يعرفه فهو له إن لم يشاركه في الدخول غيره، وإلّا فلقطة.

ذكر هنا بلاغ. وأمّا حديث أثر الإسلام وعدمه فقد عرفت[1] أنّ المدار فيه على اليأس من المالك وعدمه.

قوله: ﴿وتحته دقيقة﴾ وهي أنّ تملّك المباحات يحتاج إلى نيّة، وإلّا لكانت للصيّاد كما تقدّم[2].

[فيما يكون الموجود في صندوق أو دار]

قوله: ﴿ولو وجد في صندوقه أو داره مالاً ولا يعرفه فهو له إن لم يشاركه في الدخول غيره، وإلّا فلقطة﴾ كما في «النهاية[3] والشرائع[4] والنافع[5] والتذكرة[6] والتحرير[7] والإرشاد[8] والدروس[9] واللمعة[10] وجامع المقاصد[11] والمسالك[12] والروضة[13] ومجمع البرهان[14] والكفاية[15]

---

(١) تقدّم في ص ٨١٦ ـ ٨١٨.
(٢) تقدّم في ص ٨٢٩ ـ ٨٣٠.
(٣) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٢.
(٤) شرائع الإسلام: في مسائل من اللقطة ج ٣ ص ٢٩٣.
(٥) المختصر النافع: في اللقطة ص ٢٥٤.
(٦) تذكرة الفقهاء: في اللواحق من اللقطة ج ٢ ص ٢٦٥ س ٢٤.
(٧) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٤.
(٨) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٣.
(٩) الدروس الشرعية: في لقطة الأموال ج ٣ ص ٨٧.
(١٠) اللمعة الدمشقية: في لقطة المال ص ٢٤٠.
(١١) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٨٠.
(١٢) مسالك الأفهام: في مسائل من اللقطة ج ١٢ ص ٥٢٩.
(١٣) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ١٢٤.
(١٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٨١.
(١٥) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٣٧.

والمفاتيح[١]» وقد نسبه في «جامع المقاصد»: إلى إطلاق الأصحاب[٢]. وفي «الرياض» أنّه لم يظهر له في الحكمين خلاف[٣].

وفي «جامع المقاصد» ينبغي أن يقيّد بما إذا كان المشارك غير محصور، فإن كان محصوراً وجب تعريف المشارك خاصّة، لكن يشكل كونه ملكاً له إذا لم يعرفوه مع كونه لا يعرفه ولذلك أطلق الأصحاب[٤] كونه لقطة مع التشريك.

قلت: النصّ ورد في المشارك الكثير منطوقاً، ولا يدلّ مفهومه في الشقّ الثاني إلّا على أنّه ليس له إذا أدخل أحد غيره يده وهو كذلك، وذلك لا يدلّ على أنّه لقطة، وإطلاق الأصحاب لابدّ من تقييده في الشقّ الثاني ويشكل كونه لقطة من وجوه فيما إذا كان المشارك واحداً لا غير، والنصّ صحيح جميل بن صالح، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل وجد في بيته ديناراً، قال: يدخل منزله غيره؟ قلت: نعم كثير، قال: هذه لقطة، قلت: فرجل وجد في صندوقه ديناراً؟ قال: يدخل أحد يده في صندوقه غيره أو يضع فيه شيئاً؟ قلت: لا، قال: فهو له[٥]. وقد احتمل وجوب تعريف المشارك المحصور خاصة الشهيد الثاني[٦] والكاشاني[٧] ونفى عنه البُعد الخراساني[٨] واستحسنه شيخنا صاحب «الرياض[٩]» لأنّه بعدم اعتراف المشارك يصير كأنّه لا مشارك له فيه. ويمكن تنزيل إطلاق النصّ والفتوى عليه إذا كان هو المالك دون المشارك وكان نافياً له عنه، على أنّ النصّ تضمّن الكثير كما عرفت، بل قد استظهر المقدّس الأردبيلي أنّ التعريف للمشتركين ومَن يحتمل

(١ و٧) مفاتيح الشرائع: في حكم من وجد في داره أو صندوقه مالاً ج ٣ ص ١٨٠.

(٢ و٤) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٨٠.

(٣ و٩) رياض المسائل: في لقطة المال الصامت ج ١٢ ص ٤٢١ و٤٢٢.

(٥) وسائل الشيعة: ب ٣ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٥٣.

(٦) مسالك الأفهام: في مسائل من اللقطة ج ١٢ ص ٥٢٩.

(٨) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٣٧.

كونه لهم على وجه الإعلام لا تعريف اللقطة[١]. وقد عبّر في «النهاية[٢] والكفاية[٣]» بأنّ حكمه حكم اللقطة، فتأمّل.

وقد اتّفقت كلمتهم على التعبير بالدار والصندوق، والموجود في الخبر البيت وكأنّهم أشاروا بذلك إلى عدم الاختصاص وأنّ الحكم جار في كلّ مشترك محتمل ومختصّ غير محتمل إلّا له، وقد دلّ الخبر على حكم الدار المختصّ بالمفهوم وعلى المشترك بالمنطوق وفي الصندوق بالعكس.

وفي «المسالك[٤] والكفاية[٥]» أنّ ذلك ـ أي كونه للواجد ـ إذا لم يقطع بانتفائه عنه، وإلّا كان لقطة. ونفى عنه البأس في «المفاتيح[٦]». وفي «الروضة» ينبغي أن يكون لقطة[٧] وفي «مجمع البرهان» أنّه يتبع قطعه[٨].

قلت: النصّ والفتوى مطلقان مع عدم صدق اللقطة على مثله على الظاهر، فالانطلاق مع الإطلاق أشبه بأصول الباب، مع أنّ الأصل البراءة من وجوب التعريف ولا ينافيه القطع، لأنّه قد يعرض له النسيان حتّى يقطع بانتفائه عنه، وقد يكون ممّا بعثه الله سبحانه وتعالى له، فتأمّل.

وفي «الروضة»: أنّه لا فرق في وجوب تعريف المشارك هنا بين ما نقص عن الدرهم وما زاد، لاشتراكهم في اليد بسبب التصرّف، قال: ولا يفتقر مدّعيه منهم إلى البيّنة ولا الوصف، لأنّه مال لا يدّعيه أحد، ولو جهلوه جميعاً فلم يعترفوا به ولم ينفوه، فإن كان الاشتراك في التصرّف خاصّة فهو للمالك منهم، وإن لم يكن

(١ و٨) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٨٢.
(٢) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٢.
(٣ و٥) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٣٧.
(٤) مسالك الأفهام: في مسائل من اللقطة ج ١٢ ص ٥٢٩.
(٦) مفاتيح الشرائع: في حكم من وجد في داره أو صندوقه مالاً ج ٣ ص ١٨٠.
(٧) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ١٢٥.

ولو دفع اللقطة إلى الحاكم فباعها ردّ الثمن على المالك، فإن لم يعرف بعد الحول ردّها على الملتقط، لأنّ له التملّك والصدقة.

فيهم مالك فهو للمالك وإن كان الاشتراك في الملك والتصرّف فهم فيه سواء[1].

[حكم دفع اللقطة إلى الحاكم]

قوله: ﴿ولو دفع اللقطة إلى الحاكم فباعها ردّ الثمن على المالك، فإن لم يعرف بعد الحول ردّها على الملتقط، لأنّ له التملّك والصدقة﴾ قد عبّر بمثل ذلك في «الشرائع[2] وجامع المقاصد[3]». ولعلّ الضمير المؤنّث في كلامهم راجع إلى القيمة، وكان الأولى التذكير ليرجع إلى الثمن. قال في «الدروس»: لو دفع اللقطة إلى الحاكم فباعها ولم يظهر المالك عرض الثمن على الملتقط ليتملّك أو يتصدّق[4]. وقال في «الإرشاد»: لو دفع إلى الحاكم فباع دفع الثمن إلى الملتقط إن طلبه[5].

ولا ريب أنّه يجوز للملتقط الدفع إلى الحاكم وأنّه يبرأ بذلك كما في «جامع المقاصد[6]» كما أنّه لا ريب أنّه إذا رأى المصلحة في البيع باعها، وأنّه إذا وجد المالك ردّ الثمن إليه (عليه ـ خ ل)، وأنّه إذا لم يعرف المالك وجب ردّها على الملتقط إذا قصد التملّك، وأنّ تعريف الحاكم يكفي عن تعريفه، لأنّه لا يجب عليه أن يعرّف بنفسه، ولا تأمّل في شيء من ذلك وإنّما هو في وجوب الردّ لأجل

---

(١) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ١٢٥.

(٢) شرائع الإسلام: في أحكام اللقطة ج ٣ ص ٢٩٥.

(٣ و٦) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٨٠.

(٤) الدروس الشرعية: في تعريف اللقطة ج ٣ ص ٩٠.

(٥) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٣.

الصدقة أو الحفظ إذا عرف منه أنّه لا يريد أخذها وإنّما يريد حفظها أو التصدّق بها. فظاهر «الإرشاد[1]» وصريح «المفاتيح[2]» وكذا «مجمع البرهان[3]» وجوب الردّ لهما أيضاً، وظاهر «الشرائع[4] والكتاب والدروس[5]» وجوب الردّ إليه ليتصدّق بها لا ليحفظها، لأنّ له ولاية الصدقة كما له ولاية التملّك. ولعلّ الفرق أنّ الصدقة من الملتقط يترتّب عليها الحكم بضمانه فيكون تولّيه عليها أعود على المالك من تولّي الحاكم، فمن ثمّ لم يكن للحاكم منعه بخلاف الاحتفاظ فإنّه أمانة بيده كما هو عند الحاكم كذلك، وأنّ ولاية حفظ مال الغائب إلى الحاكم، وإنّما كان للملتقط ولايته لمّا كان بيده، فلمّا ردّه إلى الحاكم سقط حقّه من ذلك، لأنّه حقّ عارض بسبب الالتقاط، بخلاف ولاية الحاكم فإنّها ثابتة له بالأصالة. ولعلّ الأولى وجوب دفعه إليه مع إرادة الحفظ والصدقة، لأنّهما من الاُمور الثلاثة الّتي يتخيّر فيها الملتقط، وقد ثبت له الولاية فتستصحب، ولا يجوز إخراجه عنها من دون ظهور خيانة، وبيع الحاكم لا يزيلها، بل تنتقل إلى الثمن، ولأنّه لو رجع عن إرادة الحفظ أو الصدقة وأراد أن يتملّك كان له، كما يستفاد من «التذكرة[6]» ولا ترجيح في «جامع المقاصد[7]» في كلّ من الأمرين، وكذلك «المسالك[8]».

وكيف كان، فهل الغرض من ذكر هذا الفرع بيان أنّه يجوز دفعها ابتداءً إلى

(١) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٣.
(٢) مفاتيح الشرائع: في جواز دفع اللقطة إلى الحاكم ابتداءً ج ٣ ص ١٧٩.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٨٣.
(٤) شرائع الإسلام: في أحكام اللقطة ج ٣ ص ٢٩٥.
(٥) الدروس الشرعية: في تعريف اللقطة ج ٣ ص ٩٠.
(٦) تذكرة الفقهاء: في تعريف اللقطة ج ٢ ص ٢٦٠ س ١٦ ـ ١٩.
(٧) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٨١.
(٨) مسالك الأفهام: في مسائل من أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٥٤٣.

ولو وجد عوض ثيابه أو مداسه لم يكن له أخذه، فإن أخذه عرّفه سنة، ثمّ ملكه إن شاء، إلّا أن يعلم بشاهد الحال أنّه تركه عوضاً فيجوز أخذه من دون تعريف.

الحاكم ـ كما فهمه المحقّق الثاني[1] والشهيد الثاني[2] من الكتاب والشرائع وبه عنون في «المفاتيح[3]» وقد يظهر ذلك من «الدروس[4]» ـ؟ أو الغرض أنّه إذا كانت ممّا لا يبقى أو افتقر بقاؤها إلى العلاج وبيع بعضه أو كلّه دفعها للحاكم ليبيعها لأنّه ليس له ولاية البيع عند المصنّف في الأخير في «الكتاب[5]» ولا في الأوّل في «التذكرة» كما فهمه المقدّس الأردبيلي[6] من عبارة الإرشاد؟ ولعلّه أولى، لمكان ذكر البيع في كلامهم، وإلّا فليس له وجه وجيه تدعو الحاجة إلى ذِكره، فتأمّل.

[في مَن وجد مكان ما فقد منه شيئاً]

قوله: ﴿ولو وجد عوض ثيابه أو مداسه لم يكن له أخذه، فإن أخذه عرّفه سنة، ثمّ ملكه إن شاء، إلّا أن يعلم بشاهد الحال أنّه تركه عوضاً فيجوز أخذه من دون تعريف﴾ هذا خلاصة ما في «التذكرة» وستسمع عبارتها. وبه جزم في «التحرير[7]» إلّا فيما إذا علم بشاهد الحال أنّه تركه

---

(١) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٨٠.

(٢) مسالك الأفهام: في مسائل من أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٥٤٣.

(٣) مفاتيح الشرائع: في جواز دفع اللقطة إلى الحاكم ابتداءً ج ٣ ص ١٧٩.

(٤) الدروس الشرعية: في تعريف اللقطة ج ٣ ص ٨٧.

(٥) تقدّم في ص ٧٧٥ ـ ٧٧٩.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٦٩.

(٧) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٧٥.

عوضاً فإنّه احتمل جواز أخذه من دون تعريف احتمالاً. ونحوه ما في «الدروس» قال: لو وجد عوض ثيابه أو مداسه فليس له أخذه إلّا مع القرينة الدالّة على أنّ صاحبه هو آخذ ثيابه بكونها أدون وانحصار المشتبهين، ومع عدم القرينة فهي لقطة [١]، انتهى. وهو يقضي بأنّه مع القرينة المذكورة يجوز له أن يتصرّف بذلك سواء شهدت الحال بأخذ الآخذ على قصد المعاوضة أو غلطاً. وهو خيرة «جامع المقاصد [٢]» لأنّ الآخذ غاصب فيجوز للمأخوذ ماله التصرّف في مقداره للحيلولة، فإن أمكنه إثبات ذلك عليه عند الحاكم رفع الأمر إليه، وإلّا استقلّ به على وجه المقاصّة، والأخذ على جهة المقاصّة لا يتوقّف على رضا مَن عليه الحقّ، فلا يشترط شهادة الحال بقصد المعاوضة. نعم إن جوّزنا كون الآخذ غير صاحب المتروك فالمتروك لقطة قطعاً كما أفصحت به أيضاً عبارة «الدروس».

وقال في «التذكرة»: لو اُخذت ثيابه في الحمّام ووجد بدلها أو اُخذ مداسه وترك بدله لم يملكه بذلك، ولا بأس باستعماله إن علم أنّ صاحبه تركه عوضاً، ويعرّفه سنة، أي إذا لم يعلم أنّ صاحبه تركه عوضاً ... إلى أن قال: إلّا أن يعلم أنّ السارق قصد المعاوضة بأن يكون الّذي تركه أردئ من الّذي سرقه، وكان لا يشتبه على الآخذ بالّذي له، فلا يحتاج حينئذٍ إلى التعريف، لأنّ مالكها تركها قصداً، والتعريف إنّما جعل للضائع عن صاحبه ليعلم به ويأخذه، وتارك هذا عالم به وراضٍ ببدله عوضاً عمّا أخذه، فصار كالمبيح له أخذه بلسانه. وهو أحد وجهي الحنابلة، ولهم آخران: أحدهما: الصدقة، والثاني: الدفع إلى الحاكم ليبيعها ويدفع ثمنها إليه عوضاً عن ماله. وما قلناه أولى، لأنّه أرفق بالناس، لأنّ فيه نفعاً لمن سرقت ثيابه لحصول عوضها له وللسارق بالتخفيف عنه من الإثم، وحفظ هذه

(١) الدروس الشرعية: في تعريف اللقطة ج ٣ ص ٩١.
(٢) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٨١.

الثياب المتروكة من الضياع، وقد أُبيح لمن له على إنسان حقّ من دَين أو غصب أو غير ذلك أن يأخذ من مال من عليه الحقّ بقدر ما عليه إذا عجز عن استيفائه بغير ذلك[١]، انتهى.

وما حكيناه عن ظاهر «الدروس» وصريح «جامع المقاصد[٢]» أنفع وأرفق، لأنّه شامل لما إذا أخذه غلطاً أو عمداً أو نسياناً، مساوياً كان المأخوذ للمتروك أو أجود أو أردى، مضافاً إلى ما عرفت ممّا يرد عليه من أنّ الأخذ على جهة المقاصّة لا يتوقّف على رضا مَن عليه الحقّ، فلا يحتاج إلى شهادة الحال بقصد المعاوضة، ثمّ إنّه من الممكن أن لا يرضى المأخوذ ماله بهذه المعاوضة، لأنّ المفروض أنّ ماله أجود، فلم يكن له التصرّف في هذه إلّا إذا رضي بهذه المعاوضة. وما استشهد به من إباحة أخذ مَن له على إنسان دَين أو حقّ إنّما ينطبق على ما في «جامع المقاصد[٣]».

وقال في «التذكرة[٤]» وكذا «التحرير[٥]»: إن وجد هناك قرينة تدلّ على اشتباه الحال على الآخذ وأنّه إنّما أخذها ظنّاً بأنّها ثيابه بأن تكون المتروكة خيراً من المأخوذة أو مساوية لها وهي ممّا تشتبه فينبغي أن يعرّفها كما في «التذكرة[٦]» وعرّفها كما في «التحرير[٧]». قال في «التذكرة»: لأنّ صاحبها لم يتركها عمداً، فهي بمنزلة الضائعة منه. قلت: مقتضى كلامه في كتبه الثلاثة أنّه يعوّل على القرينة الدالّة على أنّ الآخذ هو المتروك ماله، فإذا كان كذلك لم يخرج بالاشتباه عن كون أخذه عدواناً بغير حقّ، فيكون غاصباً بالمعنى الأعمّ، فيصحّ له التصرّف مطلقاً مقاصّة، ولا يكون لقطة كما قدّمناه عن «جامع المقاصد». نعم إن جوّزنا أن يكون الآخذ غير صاحب المتروك فالمتروك لقطة قطعاً كما تقدّم[٨].

(١ و٤ و٦) تذكرة الفقهاء: في اللواحق من اللقطة ج ٢ ص ٢٦٦ س ٤ و١١.

(٢ و٣) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٨٣.

(٥ و٧) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٧٦.

(٨) تقدّم في الصفحة السابقة حكايته عن الدروس.

ولو مات الملتقط عرّف الوارث حولاً وملكها، والبحث فيه كالمورّث.

ثمّ عد إلى عبارة الكتاب وما كان مثلها، فقول المصنّف في كتبه والشهيد «لو وجد عوض ثيابه» لا يريدان به العوض الحقيقي، إذ لو تحقّق كون مالكه قد عاوضه به جاز الأخذ، وقولهما «لم يكن له أخذه» و«ليس له أخذه» إنّما يريدان به الأخذ على قصد المعاوضة، أمّا أخذه لقطة فجائز عندهما، فيجب تعريفه إن كان درهماً فصاعداً، فإذا عرّفه تملّكه إن شاء، فإن جاء المالك قاصّه بماله وترادّا الفضل إن أوجبنا العوض، فرضي المالك بجعل ماله عوضاً، وإلّا ترادّا المالين وكان للملتقط المطالبة بالأُجرة والنقص دون الآخر. فإن باعه الملتقط بعد الحول ملك من ثمنه قدر قيمة ماله المأخوذ وكان الباقي لقطة يملكه ويغرم للمالك إن كان قد أتلف ماله، ولو باع قبل الحول بإذن الحاكم فالحكم فيه كذلك، وإن باع بدون إذنه لم يصحّ البيع، ويأخذه صاحبه من المشتري، ويلزم مَن شاء منهما بأرش النقص وأُجرة الاستعمال، وكان للملتقط أيضاً مطالبته بالأُجرة، والنقص إن كان ماله باقياً، وبالقيمة والأُجرة إن كان تالفاً، وليلحظ ذلك.

[في ما لو مات الملتقط]

قوله: ﴿ولو مات الملتقط عرّف الوارث حولاً وملكها، والبحث فيه كالمورّث﴾ بمعنى أنّه يضمن على الخلاف في وقته. وبذلك صرّح في «التذكرة[١]» وكذا «الدروس[٢]» وهو قضية كلام «التحرير[٣]». ولو كان في الأثناء بنى

---

(١) تذكرة الفقهاء: في اللواحق من اللقطة ج ٢ ص ٢٦٦ س ٢١.
(٢) الدروس الشرعية: في تعريف اللقطة ج ٣ ص ٨٩.
(٣) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٩.

ولو مات بعد الحول ونيّة التملّك فهي موروثة.

ولو لم ينو كان للوارث التملّك أو الحفظ.

ولو فقدت من التركة في أثناء الحول أو بعده احتمل الرجوع في مال الميّت وعدمه.

كما في «التذكرة والتحرير[١] والدروس[٢]» ولا يحتاج إلى استئناف التعريف، قال في «التذكرة»: بخلاف الملتقط من الملتقط لأنّه يطلب المالك أو الملتقط فاحتاج إلى استئناف التعريف حولاً، بخلاف الوارث فإنّه يطلب المالك لا غير[٣] انتهى، فتأمّل.

قوله: ﴿ولو مات بعد الحول ونية التملك فهي موروثة﴾ كما في «التذكرة[٤] والتحرير[٥]» فإن جاء صاحبها أخذها من الوارث، وإن كانت معدومة اُخذت قيمتها أو مثلها من التركة إن اتسعت، فإن ضاقت زاحم الغرماء.

قوله: ﴿ولو لم ينو كان للوارث التملّك أو الحفظ﴾ كما في «التذكرة[٦]» واقتصر في «التحرير[٧] والدروس[٨]» على ذكر التملّك. ولا يحتاج إلى تعريف آخر.

قوله: ﴿ولو فقدت من التركة في أثناء الحول أو بعده احتمل الرجوع في مال الميّت وعدمه﴾ ومثله ما في «التذكرة[٩]» من عدم الترجيح. وحكم في «التحرير» بالرجوع ثمّ احتمل العدم[١٠]. وفي «الإيضاح[١١] وجامع المقاصد[١٢]» أنّ الأصحّ عدم أخذ شيء من مال الميّت، لأنّها أمانة، والأصل براءة الذمّة من وجوب البدل معتضداً بظاهر حال المسلم، لأنّ الظاهر أنّها تلفت من

(١ و٥ و٧ و١٠) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٦٩ و٤٧٦.

(٢ و٨) الدروس الشرعية: في تعريف اللقطة ج ٣ ص ٨٩.

(٣ و٤ و٦ و٩) تذكرة الفقهاء: في اللواحق من اللقطة ج ٢ ص ٢٦٦ س ٢٢ و٢٣ و٢٤ و٢٧.

(١١) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٦٠.

(١٢) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٨٤.

الرابع: الردّ، ويجب مع قيام البيّنة،

دون تفريط، أو أنّها دفعها إلى الحاكم، وإلّا لأقرّبها عند الموت، على أنّ الوجوب إنّما هو متعلّق بتسليم العين، وذلك مع وجدانها، أمّا البدل فلا يجب إلّا بالتلف مع التفريط، وهو منتف بالأصل، ووجه الأوّل عموم قوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت»[1] والأصل بقاء العين، فإذا تعذّرت وجب المصير إلى بدلها، وهو ضعيف. وقد تقدّم[2] لنا ما له نفع في المقام عند قول المصنّف في الوديعة: ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته فهي والدّين سواء على إشكال.

[في أنه يجب الردّ إذا قامت البيّنة]

قوله: ﴿الرابع: الردّ، ويجب مع قيام البيّنة﴾ لا خلاف في وجوب الردّ فيما يجب تعريفه، وإنّما الخلاف في أنّه هل يجب ردّ العين مع بقائها وتملّكها بعد التعريف أم لا بل يجوز ردّ العوض؟ قولان أشهرهما كما في «المسالك[3] والكفاية[4]» الثاني، وفي «المسالك» أيضاً أنّه المشهور[5]. وهو خيرة «الشرائع[6] والكتاب» فيما يأتي و«التذكرة[7] والإرشاد[8] والدروس[9]». وفي «الإيضاح[10]» في

---

(١) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٢٢٤ ح ١٠٦ وص ٣٨٩ ح ٢٢.
(٢) تقدّم في ص ٣٥٢ ـ ٣٥٣.
(٣ و ٥) مسالك الأفهام: في مسائل من أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٥٤٨ و ٥٤٩.
(٤) كفاية الأحكام: في اللقطة ج ٢ ص ٥٤١.
(٦) شرائع الإسلام: في أحكام اللقطة ج ٣ ص ٢٩٥.
(٧) تذكرة الفقهاء: في وجوب ردّ اللقطة ج ٢ ص ٢٦٢ س ١٥.
(٨) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٣.
(٩) الدروس الشرعية: في ردّ اللقطة ج ٣ ص ٩٠.
(١٠) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٦١.

أثناء كلام له فيما يأتي على الظاهر. وقد يشهد له الإجماع المحكي في «الإيضاح[١] والتنقيح[٢]» على عدم وجوب ردّها إذا كانت دون الدرهم كما تقدّم[٣] بيانه مفصّلاً.

وحجّتهم على ذلك أنّها قد صارت ملكاً للملتقط فلا تنتقل عنه إلّا بوجهٍ شرعيّ كالقرض، إذ ليس للمقرض بعد تملّك المقترض الرجوع كما يرشد إليه قول الأكثر[٤] وبنيّة التملّك يحصل الضمان وإن لم يطالب المالك كما تقدّم[٥] بيانه محرّراً. ولعلّ شهرة المسالك مستنبطة من ذلك.

وظاهر «النهاية[٦] والمبسوط[٧] والمراسم[٨] والسرائر[٩]» بل و«المقنعة[١٠] والوسيلة[١١]» أنّه يجب عليه ردّ العين. وهو خيرة «جامع المقاصد[١٢] ومجمع البرهان[١٣] والكفاية[١٤]» لكن الظهور من كلام القدماء ليس بتلك المكانة، إذ لعلّه ليس بمسوق لبيان ذلك، ولذلك قال في «الدروس»: إنّه قد يظهر من الروايات وكلام القدماء[١٥].

---

(١) إيضاح الفوائد: في لقطة الأموال ج ٢ ص ١٥٤.

(٢) التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١١٦.

(٣) تقدّم في ص ٧٤٠ ـ ٧٤٥ نقل الاجماع على ذلك من غيرهما أيضاً.

(٤) منهم ابن إدريس في السرائر: في القرض ج ٢ ص ٦٠، والمحقّق في شرائع الإسلام: في القرض ج ٢ ص ٦٨، والعلّامة في تحرير الأحكام: في القرض ج ٢ ص ٤٥٢ ـ ٤٥٣.

(٥) تقدّم في ص ٧٨١ ـ ٧٩٣.

(٦) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٠.

(٧) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٠.

(٨) المراسم: في اللقطة ص ٢٠٦.

(٩) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١٠١.

(١٠) المقنعة: في اللقطة ص ٦٤٦.

(١١) الوسيلة: في اللقطة والضالّة ص ٢٧٨.

(١٢) جامع المقاصد: في ردّ اللقطة ج ٦ ص ١٨٤.

(١٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٦٤ و٤٨٥.

(١٤) كفاية الأحكام: في ردّ اللقطة ج ٢ ص ٥٤١.

(١٥) الدروس الشرعية: في ردّ اللقطة ج ٣ ص ٩٠.

وفي «المسالك»: أنّه (أي وجوب ردّ العين حينئذٍ) لا يخلو من قرب[١]. وفيه[٢] وفي «الروضة[٣] ومجمع البرهان[٤] والكفاية[٥]» أنّه ظاهر الأخبار. قلت: الأخبار الّتي قالوا: إنّ ظاهرها ذلك هي صحيحة الحلبي «تعرّفها سنة فإن جاء طالبها وإلّا فهي كسبيل مالك»[٦] ونحوها صحيحة محمّد[٧] وغيرها[٨] وليست بتلك المكانة من الظهور، لأنّها تحتمل أنّه إن جاء قبل التملّك فتأمّل، ولذلك قال الشهيد: قد يظهر. وأمّا الرواية الّتي فيها: «وليكن وديعة عندك، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه»[٩] فهي عاميّة مرسلة شاذّة. ولا ترجيح في «التحرير[١٠]».

وأمّا وجوب الردّ مع قيام البيّنة فممّا لم يختلف فيه اثنان، وقد صرّح به في «الوسيلة[١١]» وأكثر ما تأخّر[١٢] عنه. ويجب أيضاً بالشاهد واليمين كما في «المبسوط[١٣] والوسيلة والدروس[١٤] والروضة[١٥]» لكنّ في «الوسيلة» إن ادّعاها أحد استحقّها بشاهدين أو شاهد ويمين بعد ما وصفها بالوعاء والوكاء والوزن والعدد والحلية[١٦]، فتأمّل. وأمّا وجوبه مع العلم بكونها له فممّا لا ريب فيه أيضاً.

(١ و ٢) مسالك الأفهام: في مسائل من أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٥٤٩.
(٣) الروضة البهية: في ردّ اللقطة ج ٧ ص ٩٩.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٨٥.
(٥) كفاية الأحكام: في ردّ اللقطة ج ٢ ص ٥٤١.
(٦) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٤٩.
(٧) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ١٠ ج ١٧ ص ٣٥١.
(٨) وسائل الشيعة: ب ٢ من أبواب اللقطة ح ٢ ج ١٧ ص ٣٤٩.
(٩) السنن الكبرى للبيهقي: في اللقطة ج ٦ ص ١٨٦.
(١٠) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٧١. (١١) الوسيلة: في اللقطة والضالّة ص ٢٧٩.
(١٢) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: في أحكام اللقطة ج ٣ ص ٢٩٥، والمقداد في التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١٢٦، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٨٤.
(١٣) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٣٠. (١٤) الدروس الشرعية: في تعريف اللقطة ج ٣ ص ٨٩.
(١٥) الروضة البهية: في اللقطة ج ٧ ص ١١٣. (١٦) الوسيلة: في اللقطة والضالّة ص ٢٧٩.

ولا يكفي الواحد وإن كان عدلاً ولا الوصف وإن ظنّ صدقه للإطناب فيه.

وقد نصّ عليه جماعة[١] وإن كان بغير طريق شرعيّ.

[في كفاية الواحد أو التوصيف وعدمها]

قوله: «ولا يكفي الواحد وإن كان عدلاً» أي في وجوب الدفع. وهذا أيضاً ممّا لا أجد فيه خلافاً. واحتمل في «التذكرة» جواز الدفع إذا حصل الظنّ من قوله[٢]. وقد اختاره الشهيدان[٣] والمحقّق الثاني[٤]. وهو متوجّه، لأنّ قول العدل الموثوق به أقوى من الوصف.

قوله: «ولا الوصف وإن ظنّ صدقه للإطناب فيه» أي لا يكفي الوصف في وجوب الدفع كما في «المبسوط[٥] والسرائر[٦] والشرائع[٧] والنافع[٨] وكشف الرموز[٩] والتذكرة[١٠] والتحرير[١١] والإرشاد[١٢] والدروس[١٣] واللمعة[١٤] والمسالك[١٥]

---

(١) منهم العلّامة في تذكرة الفقهاء: في وجوب ردّ اللقطة ج ٢ ص ٢٦٤ س ١٦، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في مسائل من أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٥٥٢، والطباطبائي في رياض المسائل: في أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٤٢٧.

(٢) تذكرة الفقهاء: في لقطة الأموال ج ٢ ص ٢٦٤ س ٢٧.

(٣) الدروس الشرعية: في تعريف اللقطة ج ٣ ص ٨٩، ومسالك الأفهام: في مسائل من أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٥٥٢.

(٤) جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٨٥.

(٥) المبسوط: في ردّ اللقطة ج ٣ ص ٣٢٩.

(٦) السرائر: في ردّ اللقطة ج ٢ ص ١١١.

(٧) شرائع الإسلام: في أحكام اللقطة ج ٣ ص ٢٩٥.

(٨) المختصر النافع: في وجوب ردّ اللقطة ص ٢٥٤.

(٩) كشف الرموز: في ردّ اللقطة ج ٢ ص ٤١٤.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في وجوب ردّ اللقطة ج ٢ ص ٢٦٤ س ١٦ و ٢٤.

(١١) تحرير الأحكام: في ردّ اللقطة ج ٤ ص ٤٧٢.

(١٢) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٣.

(١٣) الدروس الشرعية: في وجوب ردّ اللقطة ج ٣ ص ٨٩.

(١٤) اللمعة الدمشقية: في لقطة المال ص ٢٤٠.

(١٥) مسالك الأفهام: في وجوب ردّ اللقطة ج ١٢ ص ٥٥٢.

نعم يجوز، فإن امتنع لم يجبر عليه،

والروضة[١] ومجمع البرهان[٢] والرياض[٣]» وعليه انعقد العمل كما في «كشف الرموز[٤]» لأنّه لم يثبت كون الوصف حجّة والواصف لها مالكاً.

قوله: ﴿نعم يجوز فإن امتنع لم يجبر عليه﴾ يجوز الدفع له بالوصف إذا ظنّ صدقه كما هو المشهور كما في «جامع المقاصد[٥] والكفاية[٦]» والأشهر كما في «المسالك[٧] والروضة[٨]» وعليه انعقد العمل وإليه ذهب الجمهور إلّا أهل الظاهر فإنّهم يذهبون إلى وجوب دفعها كما في «كشف الرموز[٩]» وبه صرّح في «المبسوط[١٠]» وسائر[١١] ما ذكر بعده في المسألة المتقدّمة ما عدا الإرشاد مع زيادة «الخلاف[١٢] والمختلف[١٣]» هنا، لكنّ ظاهر «اللمعة[١٤]» وكذا «التحرير[١٥]» جواز الدفع بمطلق الوصف وإن لم يظنّ صدقه، فيجب تأويله وحمله على ما إذا ظنّ الصدق، فتأمّل.

وفي «النافع» قيل: يكفي الوصف في الاُمور الباطنة كالذهب والفضّة، وهو حسن[١٦]. وظاهره أنّ هذا القائل يقول: إنّه يكفي في وجوب الدفع. وكأنّه قد

(١ و٨) الروضة البهية: في وجوب ردّ ج ٧ ص ١١٦.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٨٦.
(٣) رياض المسائل: في أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٤٢٧.
(٤ و٩) كشف الرموز: في ردّ اللقطة ج ٢ ص ٤١٤ ـ ٤١٥.
(٥) جامع المقاصد: في وجوب ردّ اللقطة ج ٦ ص ١٨٤.
(٦) كفاية الأحكام: في وجوب ردّ اللقطة ج ٢ ص ٥٤١.
(٧) مسالك الأفهام: في وجوب ردّ اللقطة ج ١٢ ص ٥٥٢.
(١٠) المبسوط: في وجوب ردّ اللقطة ج ٣ ص ٣٢٩.
(١١) تقدّمت هذه المصادر في الصفحة السابقة وهذه الصفحة.
(١٢) الخلاف: في اللقطة ج ٣ ص ٥٨٧ مسألة ١٥.
(١٣) مختلف الشيعة: في وجوب ردّ اللقطة ج ٦ ص ٩٩. (١٤) اللمعة الدمشقية: في لقطة المال ص ٢٤٠.
(١٥) تحرير الأحكام: في وجوب ردّ اللقطة ج ٤ ص ٤٧٢.
(١٦) المختصر النافع: في وجوب ردّ اللقطة ص ٢٥٤.

استحسنه أيضاً المقداد وأبو العبّاس في «التنقيح[١] والمقتصر[٢]» وكذا «المهذّب[٣]» ونسبه في «التنقيح» إلى المبسوط والخلاف[٤]. ولعلّه عنه حكاه شيخنا صاحب «الرياض[٥]». وقال تلميذه كاشف الرموز: لا أعرف منشأ هذا التفصيل ولا القائل به[٦]. قلت: ونحن كذلك.

وقال في «السرائر»: الأقوى أنّه إذا لم تقم البيّنة لا يعطيه إيّاها سواء غلب على ظنّه صدقه أو لا[٧].

ويدلّ على ما عليه الأصحاب قول مولانا أبي الحسن الرضا عليه السلام في صحيحة البزنطي: «وإن جاءك طالب لا تتّهمه ردّه عليه»[٨] والأمر للندب أو لرفع توهّم الحظر كما هو ظاهر الأصحاب، وهو يشمل شهادة العدل الواحد أيضاً، وتقرير الصادق عليه السلام دفع سعيد بن عمرو الخثعمي الكيس الّذي فيه سبعمائة دينار لمن أخبره بعلامته[٩]. مضافاً إلى ما في «المختلف[١٠]» وغيره[١١] من أنّه لو لا ذلك لأفضى

(١ و٤) التنقيح الرائع: في وجوب ردّ اللقطة ج ٤ ص ١٢٧.

(٢) المقتصر: في وجوب ردّ اللقطة ص ٣٥٦. (٣) المهذّب البارع: في وجوب ردّ اللقطة ج ٤ ص ٣١٨.

(٥ و١١) كرياض المسائل: في أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٤٢٨.

(٦) كشف الرموز: في وجوب ردّ اللقطة ج ٢ ص ٤١٥. (٧) السرائر: في اللقطة ج ٢ ص ١١١.

(٨) وسائل الشيعة: ب ١٥ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٦٦.

قد يقال: إنّ الأوامر المتعلّقة بالأموال والأعراض والنفوس لا تتوجّه إلّا إلى ما هو اللازم إتيانه فإنّه لا معنى لندب حفظ مال مسلم أو عرضه أو نفسه بل لا يوافق الأوامر المذكورة إلّا الوجوب والإلزام.

وقد يستدلّ على ذلك بأُمور لا بأس بها ولا تأمّل في دلالتها، وعليه فالمقام الّذي هو من هذه الموارد لابدّ أن يحمل على وجوب ردّ المال إذا ثبت أن الطالب غير متّهم وأنه صادق في دعواه. هذا مضافاً إلى أنّ الأمر في المقام دائر بين الوجوب والحرمة، فإنّ المال الملقوط إمّا ملك للطالب فيجب ردّه إليه وإمّا ملك لغيره فيحرم ردّه إليه، فلا معنى لندب الردّ إلى الطالب. ولو قلنا: إنّ مقتضى الأمر في مثله هو التخيير العقلي فمقتضاه هو الإباحة العقلية لا الندب الّذي هو أمر شرعي، فتأمّل جيّداً.

(٩) وسائل الشيعة: ب ٦ من أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٣٥٦.

(١٠) مختلف الشيعة: في اللقطة ج ٦ ص ١٠٠.

فلو دفع إلى الواصف فظهرت البيّنة لغيره انتزعها الغير، فإن تلفت رجع على مَن شاء، ويستقرّ الضمان على الواصف،

إلى خفائها عن المالك وتسلّط غيره عليها، إذ من المستبعد إقامة البيّنات على ما يستصحبه الإنسان من أمواله، فإيجاب البيّنة سدّ لباب أخذ المالك لها وذلك ضدّ الحكمة، فوجب أن لايكون مشروعاً لانتفاء الحكمة فيه. وفي «المختلف[١]» في المقام كلام نصّ في أنّ كلّ ظنّ يجوز العمل به للمجتهد وغيره، فليلحظ.

هذا ولو جاء مدّعٍ فادّعاها ولم يقم بيّنة ولا وصفها لم يجز دفعها إليه وإن غلب على الظنّ صدقه، نصّ عليه في «التذكرة[٢]».

قوله: ﴿فلو دفع إلى الواصف فظهرت البيّنة لغيره انتزعها الغير﴾ لأنّ البيّنة حجّة شرعيّة بالملك، والدفع بالوصف إنّما كان رخصة وبناءً على الظاهر. فإن تعذّر انتزاعها من الواصف ضمن الدافع لذي البيّنة المثل أو القيمة لإتلافه لها بالدفع، ولا تنافيه الرخصة له من الشرع، لأنّ غايتها رفع الإثم وهو لا يستلزم نفي الضمان مع عموم دليل ثبوته كقوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت»[٣] وغيره[٤] كما ثبت نظيره في الإذن في التصرّف في اللقطة بعد التعريف مع الضمان إذا جاء المالك.

قوله: ﴿فإن تلفت رجع على مَن شاء، ويستقرّ الضمان على الواصف﴾ لأنّ التلف في يده، ولأنّه عادّ غارّ. ولو جاء الواصف بعد ما تملّك الملتقط اللقطة وأتلفها فقوّمها الملتقط لظنّه صدقه ثمّ جاء آخر فأقام البيّنة بملكيّتها كان له مطالبة الملتقط دون الواصف، لأنّ الّذي قبضه الواصف ليس عين ماله، ولو تعذّر الرجوع على الملتقط فالأقوى أنّ له الرجوع على القابض اقتصاصاً للملتقط.

---

(١) مختلف الشيعة: في رد اللقطة ج ٦ ص ١٠٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: في وجوب ردّ اللقطة ج ٢ ص ٢٦٥ س ٧.

(٣) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٢٢٤ رقم ١٠٦.

(٤) مستدرك الوسائل: ب ١ من أبواب الغصب ح ٦ ج ١٧ ص ٨٨.

إلّا أن يعترف الدافع له بالملك فلا يرجع عليه لو رجع عليه المالك.

ولو أقام كلّ منهما بيّنةً بعد الدفع إلى الأوّل ـ ولا ترجيح ـ أُقرع، فإن خرج الثاني انتزعت من الأوّل.

ولو تلفت لم يضمن الملتقط إذا كان قد دفع بحكم الحاكم،

قوله: ﴿إلّا أن يعترف الدافع له بالملك فلا يرجع عليه لو رجع عليه المالك﴾ لاعترافه بكون الأخذ منه ظلماً وأنّ البيّنة متوهّمة.

قوله: ﴿ولو أقام كلّ منهما بيّنةً بعد الدفع إلى الأوّل ـ ولا ترجيح ـ أُقرع﴾ لأنّها لكلّ أمرٍ مشكل، فإن خرج الأوّل فلا كلام.

[فيما ادّعى الاثنان وأقاما البيّنة]

قوله: ﴿فإن خرج الثاني انتزعت من الأوّل﴾ أي بعد إحلاف الثاني. قال في «التذكرة»: لا تدفع إلى مَن خرجت له القرعة إلّا باليمين، فإن امتنع منها أُحلف الآخر، فإن امتنعا احتُمل إيقاؤها أمانةً عليهما حتّى يصطلحا أو على غيرهما[1]، انتهى. والّذي قالوه[2] في باب القضاء: إنّهما إن ادّعيا عيناً في يد ثالث وأقام كلّ واحدٍ منهما بيّنة ولا ترجيح أُقرع بينهما، فمن خرج اسمه حلف، فإن نكل حلف الآخر، فإن نكلا عن الحلف أنّها تقسم بينهما.

قوله: ﴿ولو تلفت لم يضمن الملتقط إذا كان قد دفع بحكم الحاكم﴾ أي والبيّنة، لأنّ حكمه صيّره بمنزلة المكره، لأنّه يجب عليه الدفع فلا تقصير منه حينئذٍ، ويرجع الحاكم على القابض، وليس من خطأ الحكّام، وإن كان فلا يرجع على بيت المال مع وجود القابض.

---

(١) تذكرة الفقهاء: في لقطة الأموال ج ٢ ص ٢٦٥ س ٥، وفيه «إيقافها» بدل «إيقاؤها».

(٢) منهم المحقّق في الشرائع: في القضاء ج ٤ ص ١١١، وفخر المحقّقين في الإيضاح: في القضاء ج ٤ ص ٤٠٧، والطباطبائي في الرياض: في القضاء ج ١٣ ص ١٨٩ ـ ١٩٠.

وإن دفع باجتهاده ضمن.

ولو تملّك بعد الحول فقامت البيّنة لم يجب دفع العين، بل المثل أو القيمة إن لم تكن مثليّة، فإن ردّ العين وجب على المالك القبول،

قوله: ﴿وإن دفع باجتهاده ضمن﴾ لأنّه ليس له الحكم لنفسه ولو كان بالبيّنة، لأنّه لايكفي في وجوب الدفع عندهم البيّنة، بل لابدّ من حكم الحاكم بها في جميع الأحكام، لأنّ الحكم بها من وظائفه إلّا مااستثني مثل الهلال كما صرّحوا به في المقام[1] وغيره[2]. فكان الدفع حينئذٍ مستنداً إليه وقد تبيّن أنّه بغير حقّ. وقد صرّح بالحكمين في «المبسوط[3] والشرائع[4] والتذكرة[5] والتحرير[6] والإرشاد[7]» وغيرها[8].

[فيما لو تملّك بعد الحول فقامت البيّنة]

قوله: ﴿ولو تملّك بعد الحول فقامت البيّنة لم يجب دفع العين، بل المثل أو القيمة إن لم تكن مثلية﴾ قد تقدّم الكلام[9] فيه آنفاً.

قوله: ﴿فإن ردّ العين وجب على المالك القبول﴾ كما في «التذكرة[10]»

---

(١) منهم الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام اللقطة ج ١٠ ص ٤٨٧، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: في أحكام اللقطة ج ٦ ص ١٨٦، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في مسائل من أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٥٥٤ ـ ٥٥٥.

(٢) منهم الأردبيلي في المجمع: في أحكام الوكالة ج ٩ ص ٥٩٠، والبحراني في الحدائق: في الوكالة ج ٢٢ ص ٧٦.

(٣) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٩ ـ ٣٣٠.

(٤) شرائع الإسلام: في أحكام اللقطة ج ٣ ص ٢٩٦.

(٥) تذكرة الفقهاء: في وجوب ردّ اللقطة ج ٢ ص ٢٦٤ س ٤٠.

(٦) تحرير الأحكام: في وجوب ردّ اللقطة ج ٤ ص ٤٧٣.

(٧) إرشاد الأذهان: في أحكام اللقطة ج ١ ص ٤٤٣.

(٨) كالدروس الشرعية: في تعريف اللقطة ج ٣ ص ٨٩.

(٩) تقدّم في ص ٧٨٥ ـ ٧٩٣.

(١٠) تذكرة الفقهاء: في وجوب ردّ اللقطة ج ٢ ص ٢٦٢ س ١٨.

وكذا لو عابت بعد التملّك مع الأرش على إشكال.

وهو قضيّة قوله في «الشرائع[١]»: جاز، لأنّها لا تنحطّ عن مرتبة المثل، بل هي أقرب إلى نفسها من البدل. وقد يقال[٢]: إنّ الواجب في القيمي القيمة فلا يجزي غيرها إلّا بالتراضي، كما فيما إذا اقترض منه القيمي فإنّه قد اختير عدم وجوب قبول العين إذا ردّها المقترض في «الإيضاح[٣] والتنقيح[٤] وجامع المقاصد[٥]» لأنّه إذا دفع العين فقد دفع غير الواجب، فيكون القبول مشروطاً بالتراضي. ووجوب القبول هناك خيرة «الخلاف[٦] والدروس[٧] والمسالك[٨] ومجمع البرهان[٩]». وفي «الدروس» أنّ في الخلاف الإجماع عليه[١٠]. وذلك لأنّ قولهم: الواجب القيمة، محمول على تقدير عدم إعطاء العين كما في المثلي، فإنّه يجب المثل على تقدير عدم إعطاء العين. ويحتمل هنا وهناك وجوب قبولها إن تساوت القيمة أو زادت وقت الردّ، وإن نقصت فلا، وهذا الفرع مبنيّ على ما يختار من عدم وجوب دفع العين.

قوله: ﴿وكذا لو عابت بعد التملّك مع الأرش على إشكال﴾ أي يجب القبول مع الأرش على إشكال. ونحوه قوله في «الشرائع» جاز على إشكال[١١].

---

(١) شرائع الإسلام: في أحكام اللقطة ج ٣ ص ٢٩٥.
(٢) كما في جامع المقاصد: في وجوب ردّ اللقطة ج ٦ ص ١٨٦.
(٣) إيضاح الفوائد: في وجوب ردّ اللقطة ج ٢ ص ١٦١.
(٤) التنقيح الرائع: في القرض ج ٢ ص ١٥٦.
(٥) جامع المقاصد: في وجوب ردّ اللقطة ج ٦ ص ١٨٦.
(٦) الخلاف: في أحكام القرض ج ٣ ص ١٧٥ مسألة ٢٨٧.
(٧ و ١٠) الدروس الشرعية: في القرض ج ٣ ص ٣٢٠.
(٨) مسالك الأفهام: في أحكام القرض ج ٣ ص ٤٥١.
(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في القرض ج ٩ ص ١٢٣.
(١١) شرائع الإسلام: في أحكام اللقطة ج ٣ ص ٢٩٥.

والزيادة المتّصلة والمنفصلة في الحول للمالك، وفي تبعيّتها نظر، أقربه ذلك،

وينشأ من أنّ الواجب المثل في المثلي والقيمة في القيمي، ومع وجود العيب فلا مماثلة، ومن أنّ العين مع الأرش السادّ مسدّ الفائت أقرب إلى نفسها من القيمة، وهو الّذي قوّاه في «التذكرة[1] والمسالك[2]». وفي «الإيضاح» أنّ الأصحّ عدم وجوب القبول[3]. قلت: هو أشبه بالاُصول كما قالوه[4] فيما إذا استقرض الجارية ونقصت وأراد ردّها مع الأرش، وعلى القول بوجوب ردّ العين يجب القبول بلا إشكال.

[في أنّ الزيادة في اللقطة في الحول لمالكها]

قوله: ﴿والزيادة المتّصلة والمنفصلة في الحول للمالك﴾ لا إشكال في ذلك كما في «المسالك» لو ظهر المالك قبل تمام الحول أو بعده قبل التملّك، لأنّها لم تخرج في الأمرين عن ملك مالكها، سواء كانت أمانة أم مضمونة، فزوائدها له متّصلة كالسمن أم منفصلة كالولد[5].

قوله: ﴿وفي تبعيّتها نظر، أقربه ذلك﴾ يريد أنّه إذا عرّفها الملتقط وتملّكها فهل الزوائد الّتي صارت في الحول تتبع العين في التملّك والملكيّة؟ نظر، من أنّ العين هي الضائعة الملتقطة دون زوائدها، وتملّكها على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع اليقين، فتكون أمانة للمالك كسائر مجهول المالك. وفي

---

(١) تذكرة الفقهاء: في وجوب ردّ اللقطة ج ٢ ص ٢٦٣ س ٢٤.

(٢ و ٥) مسالك الأفهام: في مسائل من أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٥٤٩ و٥٤٧.

(٣) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٦١.

(٤) منهم الشيخ في الخلاف: في القرض ج ٣ ص ١٧٦ مسألة ٢٩٠، والعلّامة في تحرير الأحكام: في القرض ج ٢ ص ٤٥٣، والشهيد في الدروس: في القرض ج ٣ ص ٣٢٢.

وبعده للملتقط إن تجدّدت بعد نيّة التملّك، وإلّا فكالأوّل.

«شرح فخر الإسلام»: أنّ وليّها الحاكم[1]، وفيه نظر ظاهر. ومن أنّ الملتقط إذا استحقّ ملك العين فمقتضى التبعيّة أن يستحقّ تملّك النماء، لأنّ الفرع لا يزيد على أصله، واستحقاق التملّك يحصل من حين الالتقاط وبمجرّده وإن كان التعريف شرطاً، فكان النماء إنّما وجد بعد الاستحقاق فيتبع العين. ولا يشترط لتملّكه حول بانفراده. وهو الأصحّ كما في «الإيضاح[2]». والأقرب كما في «جامع المقاصد[3]» والأقوى كما في «المسالك[4]» ولا ترجيح في «شرح الإرشاد» لفخرالإسلام[5].

قوله: ﴿وبعده للملتقط إن تجدّدت بعد نيّة التملّك﴾ أي الزيادة المتّصلة والمنفصلة بعد الحول وبعد نيّة التملّك للملتقط، لأنّها حدثت على ملكه، لكنّه إذا ظهر المالك وأراد أن يردّ عليه العين باختياره أخذها المالك مسلوبة الزيادة المنفصلة، لأنّها متميّزة غير تابعة للعين حتّى على القول بتزلزل الملك، لأنّ تزلزله لا ينافي ذلك كما في المبيع في زمن الخيار. وأمّا إذا كانت متّصلة فإنّها تتبع العين، لأنّها تتبعها في الردّ بالعيب وفي الإقالة، وإنّما تبعت فيهما لكونها بمنزلة الجزء منها فكذا هنا. والحاصل: أنّ الملتقط مخيّر بين دفع قيمتها وبين دفعها مع نمائها المتّصل بها، وليس له أن يأخذ منه ما قابل قيمة السمن مثلاً.

قوله: ﴿وإلّا فكالأوّل﴾ أي وإن لم يكن التجدّد بعد نيّة التملّك فكالأوّل المتجدّد في الحول فيجيء الإشكال في التبعيّة، والأقرب الأقرب.

---

(١) شرح إرشاد الأذهان للنيلي: في اللقطة ص ٦٦ س ٢٥.

(٢) إيضاح الفوائد: في أحكام اللقطة ج ٢ ص ١٦١.

(٣) جامع المقاصد: في وجوب ردّ اللقطة ج ٦ ص ١٨٧.

(٤) مسالك الأفهام: في مسائل من أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٥٤٧.

(٥) شرح الإرشاد (للنيلي): في اللقطة ص ٦٦ س ٢٢ فما بعد.

ولو ردّ العين لم يجب ردّ النماء.

ولو دفع العوض لمن قامت له البيّنة ضمن للثاني مع البيّنة، لأنّ المدفوع ليس نفس العين، ويرجع على الأوّل لتحقّق بطلان الحكم.

قوله: ﴿ولو ردّ العين لم يجب ردّ النماء﴾ قد تقدّم الكلام[١] فيه.

[فيما لو قامت البيّنة للاثنين]

قوله: ﴿ولو دفع العوض لمن قامت له البيّنة ضمن للثاني مع البيّنة، لأنّ المدفوع ليس نفس العين، ويرجع على الأوّل لتحقّق بطلان الحكم﴾ كما صرّح بذلك كلّه في «التذكرة[٢] والتحرير» وقال في الأخير: إنّما يرجع الملتقط على الأوّل إذا لم يكن قد اعترف بالملكيّة له[٣]. وهو ظاهر كما تقدّم[٤]. وليس للثاني الرجوع على الأوّل، لأنّ مقبوضه مال الملتقط لا اللقطة. وهذا الفرع كما تقدّم[٥] مثله مفروض فيمن عرّف وتملّك. وضمن العوض عند المصنّف أو أتلف، وزاد في «جامع المقاصد» ففرضه فيما إذا أقام الأوّل البيّنة بالاستحقاق فدفع إليه العوض ثمّ أقام الثاني البيّنة وانتفى المرجّح فاُقرع فخرج اسم الثاني فاُحلف فحلف، قال: فإنّه يجب على الملتقط الغرم[٦] ... إلى آخره. وقد يُفهم ذلك من «التذكرة والتحرير». وعبارة الكتاب مطلقة توافق كلامهم في باب القضاء[٧] من أنّه يقضى لأكثر البيّنتين عدالةً، فإن تساويا فأكثرهما عدداً، فإن

---

(١) تقدّم في ص ٨٥٢ ـ ٨٥٣.

(٢) تذكرة الفقهاء: في وجوب ردّ اللقطة ج ٢ ص ٢٦٤ س ٤١.

(٣) تحرير الأحكام: في اللقطة ج ٤ ص ٤٧٣.

(٤) تقدّم في ص ٨٤٩.

(٥) تقدّم في ص ٨٠٢ و٨٤٨ ـ ٨٤٩.

(٦) جامع المقاصد: في اللقطة ج ٦ ص ١٨٨.

(٧) منهم المحقّق في المختصر النافع: في تعارض البيّنات ص ٢٧٨، وابن فهد في المهذّب ←

تساويا أُقرع، فإذا كانت بيّنة الثاني أكثر عدالة أو أكثر عدداً ضمن للثاني ورجع على الأوّل. ويجيء كما تقدّم[1] أنّه لو تعذّر رجوعه على الملتقط فإنّه يرجع على القابض اقتصاصاً للملتقط، والحمد لله كما هو أهله، وصلّى الله على محمّدٍ وآله الطاهرين.

← البارع: في تعارض البيّنات ج ٤ ص ٤٩٢، والطباطبائي في رياض المسائل: في تعارض البيّنات ج ١٣ ص ٢٢٠.

(١) تقدّم في ص ٨٤٨ ـ ٨٤٩.

المقصد الرابع

في الجعالة

﴿المقصد الرابع: في الجعالة﴾

[في تعريف الجعالة]

هي بتثليث الجيم، وكسرها أشهر كما في «المسالك[1]» ولغةً ما يجعل للإنسان على شيءٍ يفعله كما في «التذكرة[2]» وغيرها[3]. ويُفهم منها[4] ومن غيرها[5] أنّها في الشرع عبارة عن صيغة دالّة على عوض في عمل محلّل مقصود.

واختلف كلام الأصحاب في كونها من العقود أو من الإيقاعات، فمنهم مَن جعلها إيقاعاً حكماً ووضعاً كالمحقّق في «الشرائع[6]» وكأنّه نظر إلى عدم اشتراط تعيين العامل، وإذا لم يكن معيّناً لا يتصوّر للعقد قبول، وعلى تقدير قبول البعض لا ينحصر فيه إجماعاً، والمصنّف في«التحرير[7]» والشهيد في «اللمعة[8]» حيث قالا:

---

(١) مسالك الأفهام: في الجعالة ج ١١ ص ١٤٩.

(٢ و ٤) تذكرة الفقهاء: في ماهية الجعالة ج ٢ ص ٢٨٥ س ٣٧ ـ ٣٨.

(٣) كما في إيضاح الفوائد: في الجعالة ج ٢ ص ١٦٢.

(٥) كالدروس الشرعية: في الجعالة ج ٣ ص ٩٨.

(٦) شرائع الإسلام: في الجعالة ج ٣ ص ١٦٣.

(٧) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤١.

(٨) اللمعة الدمشقية: في الجعالة ص ١٧٣.

لا تفتقر إلى قبول. وقد يظهر ذلك من كلام «المقنعة[١]». ومنهم من جعلها عقداً كالشيخ في «المبسوط[٢]» وابن حمزة في «الوسيلة[٣]» وكذا سلّار[٤]. فيكون القبول الفعلي كافياً فيها عندهم كالوكالة، والمنفيّ هو القبول اللفظي، وأمّا قول المحقّق في «الشرائع[٥]» أيضاً «إنّها عقد جائز كالمضاربة» بعد عدّها في الإيقاعات، وقوله «إنّها لا تفتقر إلى قبول» فيوجّه بأنّه تجوز في تسميتها عقداً. وكالمصنّف في «التذكرة» قال: الجعالة عقد جائز من الطرفين إجماعاً[٦]. وكولده في «الإيضاح[٧]». وفي «جامع المقاصد»: أنّ ظاهرهم أنّها من العقود فيكون القبول فيها فعليّاً[٨]. قلت: هو ظاهر سلّار[٩] بناءً على ما ذكره في أوّل كتابه بل و«النهاية[١٠] والإرشاد[١١] والدروس[١٢]».

وقال في «المسالك»: تظهر الفائدة فيما لو فعل العامل لا بقصد العوض ولا بقصد التبرّع بعد الإيجاب، فعلى الأوّل يستحقّ العوض لوجود المقتضي له وهو الصيغة مع العمل، وعلى الثاني لا يستحقّ وإن كان قد عمل، لأنّ المعتبر من القبول الفعلي ليس هو مجرّد الفعل بل لابدّ معه من انضمام الرضا والرغبة فيه لأجله، كما نبّه[١٣]

---

(١) المقنعة: في جعل الآبق ص ٦٤٩.

(٢) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٣٣. (٣) الوسيلة: في بيان اللقطة والضالّة ص ٢٧٢.

(٤ و٩) لم يذكر في المراسم ـ الّذي هو كتابه المشهور ـ الجعالة في عداد العقود صريحاً، وإنّما ذكرها فيها بعنوان الضمانات الّتي هي عنوان آخر للجعالة في اصطلاح الفقهاء إلّا أنّه اصطلاح غير مشهور، فراجع المراسم: ص ١٩٦ و٢٨. والظاهر أنّه من العقود قطعاً بناءً على لزوم قبول المجعول له ولو بالفعل والعمل، فإنّ القبول قد يكون بالقول وقد يكون بالعمل وقد ذكر في البيع وغيره أنّ القبول الفعلي قد يكون أقوى من القولي. نعم قد يقال: إنّ الجعل الّذي وقع من الجاعل هو تمام العنوان وإنّما فعل الفاعل أمر خارج عنه إلّا أنّه ضعيف في الغاية.

(٥) شرائع الإسلام: في الجعالة ج ٣ ص ١٦٣.

(٦) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٣٨٨ س ٢٣.

(٧) إيضاح الفوائد: في الجعالة ج ٢ ص ١٦٢. (٨) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ١٨٩.

(١٠) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٣. (١١) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣٠.

(١٢) الدروس الشرعية: في الجعالة ج ٣ ص ٩٨. (١٣) أي المحقّق في وكالة الشرائع.

عليه في الوكالة[١]. قلت: مَن ردّ لا على قصد التبرّع ولا على قصد العوض متبرّع وإن لم يقصد التبرّع فلافائدة. وأمّا ما نبّه عليه في الوكالة فهو ما حكاه[٢] عن التذكرة من أنّ القبول في الوكالة يطلق على معنيين: أحدهما الرضا والرغبة فيما فوّض إليه ونقيضه الردّ، والثاني اللفظ الدالّ عليه على النحو المعتبر في البيع وسائر المعاملات، وأنّه يعتبر في الوكالة القبول بالمعنى الأوّل دون الثاني حتّى لو ردّ وقال لا أقبل أو لا أفعل بطلت. ولو أراد أن يفعل أو يرجع فلابدّ من استئناف إذنٍ مع علم الموكّل، انتهى فتأمّل فيه. وقال في «المسالك[٣]»: هذا يدلّ على أنّ القبول بمعنى فعل ما وكّل به لا يكفي مطلقاً، بل مع اقترانه بالرضا والرغبة ووقوعه قبل أن يردّ، انتهى. وحاصله: أنّه يأتي بالفعل على وجه الرضا والقبول للإيجاب، وأمّا الرغبة فلا وجه لاشتراطها بالمعنى المعروف منها.

وتنقيح البحث في العقود الجائزة مطلقاً هو ما ذكرناه في أوّل باب الوديعة[٤] من أنّها حيث يكون إيجابها وقبولها قولين تكون عقوداً حقيقة ويصحّ نظمها في سلك العقود، وحيث لا يكونان كذلك تكون من باب المعاطاة في العقود الجائزة، وقد برهنّا عليه ونقلنا تصريحهم به، فالجعالة أشبه شيء بالوصيّة، لأنّ إيجابها: أوصيتُ، أو: افعلوا بعد وفاتي، وقبولها لفظي وفعليّ إلّا في غير المحصور كالفقراء والفقهاء فليست عادمة النظير حتّى تقول إنّها بالإيقاع أشبه.

وكيف كان، فهي جائزة ولا نعلم فيها خلافاً كما في «التذكرة[٥]» ومراده بين المسلمين. وقد دلّ على جوازها قبل الإجماع الكتاب والسنّة والاعتبار. فالأوّل قوله عزّوجلّ: ﴿ولمن جاء به حمل بعير﴾[٦] وشرع من قبلنا حجّة ما لم نعلم نسخه.

---

(١) مسالك الأفهام: في صيغة الجعالة ج ١١ ص ١٥٠.

(٢ و٣) مسالك الأفهام: في عقد الوكالة ج ٥ ص ٢٣٨.

(٤) تقدّم في ص ٢٠٢ ـ ٢٠٤.

(٥) تذكرة الفقهاء: في ماهية الجعالة ج ٢ ص ٢٨٥ س ٣٨.

(٦) يوسف: ٧٢.

وفيه مطلبان:

الأوّل: في الأركان

وهي أربعة:

(الأوّل) الصيغة: كقوله: مَن ردّ عبدي، أو: ضالّتي، أو: فعل كذا ـ أو ما أشبهه من اللفظ الدالّ على العمل ـ فله كذا.

وأمّا الثاني فهو ما رواه وهب بن وهب عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن جعل الآبق والضالّة فقال: لا بأس[1]. ومثله خبر مسمع[2] وسئل الباقر عليه السلام عن الرجل يعالج الدواء للناس فيأخذ عليه جعلاً، فقال: لا بأس به[3]. و«سئل الباقر عليه السلام عن الرجل يرشو الرجل الرشوة على أن يتحوّل من منزله فيسكنه، قال: لا بأس به[4]. وورد بها أخبار[5] عامّية. وأمّا الثالث فلأنّ الحاجة تدعو إلى ذلك، فإنّ العمل قد يكون مجهولاً كردّ الآبق والضالّة ونحو ذلك، ولا يمكن عقد الإجارة فيه، والحاجة داعية إلى ردّ ذلك، وقلّ أن يوجد متبرّع، فدعت الضرورة إلى إباحة بذل الجعل فيه مع جهل العمل وكانت جائزة. والأقدمون ذكروها كالمصنّف في عقب اللقطة، لأنّ الحاجة لمّا كانت غالباً في ردّ الضوالّ المنبوذة ناسب ذِكرها بعدها.

[في صيغة الجعالة]

قوله: «وفيه مطلبان، الأوّل: في الأركان، وهي أربعة، الأوّل: الصيغة كقوله: مَن ردّ عبدي، أو: ضالّتي، أو: فعل كذا ـ أو ما أشبهه من

---

(١) وسائل الشيعة: ب ٢١ في أبواب اللقطة ح ١ ج ١٧ ص ٢٧١.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٩٤ في اللقطة والضالّة ج ٦ ص ٣٩٨ ح ٤٣.

(٣ و٤) وسائل الشيعة: ب ٨٥ في أبواب ما يكتسب به ح ١ و٢ ج ١٢ ص ٢٠٧.

(٥) السنن الكبرى: في الجعالة ج ٦ ص ٢٠٠.

فلو ردّ إنسان ابتداءً فهو متبرّع لا شيء له،

اللفظ الدالّ على العمل ـ فله كذا﴾ قال في «التذكرة»: الأوّل الصيغة، وهي كلّ لفظ دالّ على الإذن في العمل واستدعائه بعوض يلزمه كقوله: مَن ردّ عبدي أو خاط لي ثوباً أو بنى لي حائطاً وما أشبه ذلك من الأعمال المحلّلة المقصودة في نظر العقلاء[١]. ونحوه ما في «التحرير[٢] والدروس[٣]» من أنّها صيغة دالّة على الإذن في الفعل بشرط عوض كما في الأوّل وبعوض كما في الثاني، ولعلّ بينهما فرقاً، ولعلّه أنّ الأوّل ظاهر في الإيقاع والثاني ظاهر في العقد، فتأمّل. ولا فرق في صيغة المالك بين أن يقول: مَن ردّ عبدي، أو يقول: إن ردّ إنسان عبدي، أو يقول: إن رددت عبدي. ويصحّ التقييد بالزمان كأن يقول في شهر، والمكان كأن يقول: من بغداد، والإطلاق. ولا فرق في القبول اللفظي بين أن يقول: قبلت، أو: أنا أردّ، كما ذكر ذلك كلّه في «التذكرة[٤]» ويأتي بعضه في «الكتاب[٥]».

[فيما لو ردّ شيء من دون جعل]

قوله: ﴿فلو ردّ إنسان ابتداءً فهو متبرّع لا شيء له﴾ كما في «المبسوط[٦] والسرائر[٧] والتذكرة[٨] والتحرير[٩] والإرشاد[١٠] والمختلف[١١] والدروس[١٢] واللمعة[١٣] وجامع المقاصد» فيما يأتي[١٤] و«المسالك[١٥] والروضة[١٦]

(١ و ٤ و ٨) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٦ س ٢ ـ ٣ و ٢٢ و ٦.
(٢ و ٩) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤١.
(٣ و ١٢) الدروس الشرعية: في الجعالة ج ٣ ص ٩٧. (٥) سيأتي في ص ٨٦٥ ـ ٨٦٦.
(٦) المبسوط: في مَن ضاع له ضالّة يجوز له أن يجعل جعلاً ج ٣ ص ٣٣٢.
(٧) السرائر: في أخذ الجعل على الآبق والضوالّ واللقطة ج ٢ ص ١٠٩.
(١٠) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣٠. (١١) مختلف الشيعة: في الجعالة ج ٦ ص ١١٣.
(١٣) اللمعة الدمشقية: في الجعالة ص ١٧٣ و ١٧٤. (١٤) سيأتي في ص ٨٦٤.
(١٥) مسالك الأفهام: في الجعالة ج ١١ ص ١٦٣. (١٦) الروضة البهيّة: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٢.

ومجمع البرهان[١] والكفاية[٢]» ونسبه في «التذكرة[٣]» إلى أكثر علمائنا. وقال في «الدروس[٤]» عليه المتأخّرون تارةً وأنّه المشهور أُخرى. وهو قول ما عدا الشيخين وابن حمزة كما في «المختلف[٥]» والمشهور خلاف قولهم كما في «جامع المقاصد» فيما يأتي[٦].

وقال في «المقنعة» إذا وجد الإنسان عبداً آبقاً أو بعيراً شارداً فردّه على صاحبه كان له على ذلك جعل، إن كان وجده في المصر فدينار قيمته عشرة دراهم جياد، وإن كان وجده في غير المصر فأربعة دنانير قيمتها أربعون درهماً جياداً، وبذلك ثبتت السنّة عن النبيّ صلى الله عليه وآله[٧]. ونحوه ما في «النهاية[٨]» وما حكي[٩] عن ابن حمزة قال: وإن لم يجعل وجرت العادة في البلد بشيءٍ يستحقّه، وإن لم تجر ووجده في المصر كان له دينار، وإن وجده خارج المصر كان له أربعة دنانير. ولعلّه ذكر ذلك في الواسطة إذ لم نجده فيما عندنا من نسخ «الوسيلة[١٠]» وقولهم هذا يقتضي الاستحقاق في البعير والعبد وإن لم يجعل المالك جعلاً كما في «المختلف[١١]». وفي

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٥٢ و١٥٥.
(٢) كفاية الأحكام: في الجعالة ج ٢ ص ٥١٤.
(٣) تذكرة الفقهاء: في صيغة الجعالة ج ٢ ص ٢٨٦ س ٥.
(٤) الدروس الشرعية: في الجعالة ج ٣ ص ٩٧.
(٥) مختلف الشيعة: في الجعالة ج ٦ ص ١١٣.
(٦) سيأتي في ٨٦٤.
(٧) المقنعة: في جعل الآبق ص ٦٤٨ـ٦٤٩.
(٨) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٣ـ٣٢٤.
(٩) حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة: في الجعالة ج ٦ ص ١١٣.
(١٠) ما ذكره الشارح ـ من أنّه لم يجد العبارة المحكية عن ابن حمزة في الوسيلة ـ عجيب، وذلك لأنّها موجودة في الوسيلة بعين ألفاظها وحروفها في باب اللقطة، قال فيها: فإذا ظهر وجعل لذلك جعلاً استحقّ وإن لم يجعل وجرت في البلد عادة بشيء استحقّه ولم تجر ووجده في المصر كان له دينار وإن وجده خارج المصر كان له أربعة دنانير قيمة كلّ دينار عشرة دراهم، انتهى. ولعلّه رحمه الله نظر في كتاب الجعالة فلم يجدها فيه، ويحتمل عدم وجود هذه النسخة لديه، فراجع الوسيلة: ص ٢٧٧.
(١١) مختلف الشيعة: في الجعالة ج ٦ ص ١١٣.

«التذكرة[١] والدروس[٢]» أنّه يشعر بذلك. قلت: هو ظاهر في ذلك.

وقال في «الخلاف»: لم ينصّ أصحابنا على شيءٍ من جعل اللقطة والضوالّ إلّا على إباق العبد، فإنّهم رووا أنّه إن ردّه من خارج البلد استحقّ الأُجرة أربعين درهماً قيمتها أربعة دنانير، وإن كان من البلد فعشرة دراهم قيمتها دينار، وما عدا ذلك يستحقّ الأُجرة بحسب العادة، ثمّ نقل كلام العامّة، وقال: دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم[٣]. فهذه أخبار مرسلة، والمفيد[٤] قال: إنّ بذلك ثبتت السنّة، وقد روى مسمع عن الصادق عليه السلام أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله جعل في الآبق ديناراً إذا وجد في مصره وفي غير مصره أربعة دنانير[٥]. والشيخ في «المبسوط[٦]» قال: روى أصحابنا ... وذكر مضمون الخبر، وقال: هذا على جهة الأفضل لا الوجوب. ويأتي[٧] أنّ الأكثر عاملون بالخبر إذا بذل جعلاً ولم يعيّنه.

وقد يؤيّد قول الشيخين بأنّ في ذلك حثّاً على ردّ الآبق وصيانة له عن الرجوع إلى دار الحرب والردّ إلى دينهم وتقوية أهل الحرب به، فتأمّل، وبأنّ العامّة رووه عن عليّ عليه السلام وابن مسعود وعمر وشريح وعمر بن عبدالعزيز وأصحاب الرأي وأحمد في إحدى الروايتين، ولم يعرف لهم مخالف في زمنهم فكان إجماعاً كما حكاه في «التذكرة[٨]» لكنّه قوّى أن لا شيء له. وقال ابن إدريس: لا يظنّ ظانّ أنّ مَن ردّ شيئاً من الضوالّ والآبق واللقط يستحقّ على صاحبه من غير أن يجعل له،

(١ و٨) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٦ س ١٤ ـ ١٧.

(٢) الدروس الشرعية: في الجعالة ج ٣ ص ٩٧.

(٣) الخلاف: في حكم ردّ الآبق ج ٣ ص ٥٨٩ مسألة ١٧.

(٤) المقنعة: في جعل الآبق ص ٦٤٩.

(٥) تهذيب الأحكام: ب ٩٤ في اللقطة والضالّة ج ٦ ص ٣٩٨ ح ٤٣٠.

(٦) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٢٣.

(٧) سيأتي ذكر الشهرة بل الاجماع على مضمون الخبر وذكر أصل الخبر في ص ٨٩٢ ـ ٨٩٣.

وكذا لو ردّ مَن لم يسمع الجعالة على قصد التبرّع، وإلّا فإشكال.

فإنّه خطأ فاحش[١]. ويأتي تمام الكلام عند تعرّض المصنّف له في ثلاثة مواضع[٢].

[فيما لو ردّ غير سامع الجعالة تبرّعاً]

قوله: ﴿وكذا لو ردّ مَن لم يسمع الجعالة على قصد التبرّع﴾ سيأتي[٣] في كلام المصنّف وكلام غيره أنّه لو سمع الجعل فردّ متبرّعاً أنّه لا يستحقّ جعلاً، فبالأولى أن لا شيء له لو ردّ ولم يسمع جعلاً ولا جعالة قاصداً التبرّع.

قوله: ﴿وإلّا فإشكال﴾ أي وإن لم يكن ردّه على قصد التبرّع بل على قصد الاستحقاق فإشكال أصحّه أنّه يستحقّ كما في «الإيضاح[٤]». وقال في «الدروس»: لو ردّها مَن لم يسمع الصيغة بقصد العوض فالأقرب الاستحقاق إذا كانت الصيغة تشمله[٥]. قلت: هو المفروض في كلام الكتاب، ووجهه أنّه عملٌ محترم لم يقصد به فاعله التبرّع وقد وقع بإذن الجاعل، فالمقتضي للاستحقاق وهو جعل المالك بصيغة تشمل العامل وعدم تبرّعه موجود، والمانع ليس إلّا عدم علمه بصدور الجعل لا يصلح للمانعيّة للشكّ في مانعيّته، فيعمل بمقتضى عمله. ووجه العدم أنّه بالنسبة إلى اعتقاده متبرّع، إذ لا عبرة بقصده من دون جعل المالك.

قال في «الإيضاح» في توجيهه: قالوا: لم يقصد به جواباً لإيجابه وبه يستحقّ، وغيره متبرّع. قلنا: ممنوعان، بل سبب الاستحقاق صدور الإيجاب من الموجب والفعل من القابل، انتهى[٦]. ومعناه أنّه لم يقصد بفعله قبول إيجابه، فعبّر عن القبول بالجواب وبالقبول الّذي هو جواب الإيجاب يستحقّ الجعل، وغيره وهو الّذي

---

(١) السرائر: في أخذ الجعل على الآبق والضوالّ واللقطة ج ٢ ص ١٠٩.

(٢) سيأتي في ص ٨٨٣ ـ ٨٩٠.

(٣) سيأتي في ص ٨٩٠.

(٤ و٦) إيضاح الفوائد: في الجعالة ج ٢ ص ١٦٢.

(٥) الدروس الشرعية: في الجعالة ج ٣ ص ٩٨.

ولو كذب المخبر فقال: «قال فلان: مَن ردّ ضالّته فله كذا» لم يستحقّ الرادّ على المالك ولا المخبر، لأنّه لم يضمن.

ليس بقبول لإيجابه تبرّع، وأشار بقوله «قلنا ممنوعان» إلى الأمرين، وهو كونه بالجواب يستحقّ وأنّ غيره تبرّع، فتأمّل فيه، ولعلّ منع الأُولى بالنسبة إلى الحصر.

وفي «جامع المقاصد[1]» أنّ الأولى أن يفرّق بين مَن ردّ كذلك عالماً بأنّ العمل بدون الجعل تبرّع وإن قصد العامل العوض، وبين غيره، لأنّ الأوّل لا يكاد ينفكّ من التبرّع بخلاف الثاني فيستحقّ دون الأوّل. قلت: ليس الأوّل موضع إشكال، فكلامهم إنّما هو في الثاني. وقال: إنّ على العبارة مؤاخذة فإنّ قوله وإلّا فإشكال، يقتضي ثبوت الإشكال في كلّ مَن لم يردّ على قصد التبرّع فيتناول مَن ردّ لا على قصد التبرّع ولا على قصد الاستحقاق، وليس بجيّد، لأنّ هذا متبرّع وإن لم يقصد التبرّع. قلت: لعلّه يرجع بالأخرة إلى أنّه ردّ على قصد التبرّع حكماً، على أنّه نادر.

[فيما لو أخبره بالجعالة مخبر كذباً]

قوله: ﴿ولو كذب المخبر فقال:«قال فلان:مَن ردّ ضالّته فله كذا» لم يستحقّ الرادّ على المالك ولا المخبر، لأنّه لم يضمن﴾ كما في «التذكرة[2] والتحرير[3] وجامع المقاصد[4]» أمّا المخبر فلأنّه لم يضمن ولم يلتزم أقصى ما في الباب أنّه كذب، وهو لا يوجب الضمان. وأمّا المالك فإن كان المخبر قد كذب عليه لم يكن عليه شيء أيضاً، وكان على الرادّ أن يتثبّت ويفحص ويسأل، فالتفريط وقع منه، وإن كان قد صدق فردّ طمعاً في الجعل كفى في الاستحقاق إخبار المخبر وإن لم يكن ثقة كما في «جامع المقاصد[5]».

(١ و٤ و٥) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ١٩٠ ـ ١٩١.

(٢) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٦ س ٢٧.

(٣) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤١.

ولو تبرّع المخبر فقال: «مَن ردّ عبد فلان فله درهم» لزمه، لأنّه ضامن.
ولو قال: «من ردّ عبدي من العراق في شهر كذا فله كذا أو مَن خاط ثوبي في يوم كذا فله كذا» صحّ، بخلاف الإجارة للزومها بخلاف الجعالة.

[فيما لو تبرّع المخبر عن المالك]

قوله: ﴿ولو تبرّع المخبر فقال: «مَن ردّ عبد فلان فله درهم» لزمه، لأنّه ضامن﴾ كما في «الشرائع[1] والتذكرة[2] والتحرير[3] والإرشاد[4] والمسالك[5] والروضة[6] ومجمع البرهان[7] والكفاية[8] والمفاتيح[9]». وفي «جامع المقاصد[10]» أنّه لا ريب فيه وإن كان العمل لا يرجع عليه بفائدة للتوسّع في الجعالة.

قلت: فيلزم الباذل ما جعله مع ردّه إلى المالك أو إليه حسب ما شرط. وهذا بخلاف ما إذا التزم الثمن في بيع غيره والثواب على هبة غيره، لأنّه عوض تمليك فلا يتصوّر وجوبه على غير مَن حصل له الملك، والجعل ليس عوض تمليك.

[فيما لو قيّد العمل بالزمان الخاصّ]

قوله: ﴿ولو قال: «مَن ردّ عبدي من العراق في شهر كذا فله كذا، أو مَن خاط ثوبي في يوم كذا فله كذا» صحّ، بخلاف الإجارة للزومها

---

(١) شرائع الإسلام: في الجعالة ج ٣ ص ١٦٣.
(٢) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٦ س ٢٥.
(٣) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤١. (٤) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣٠.
(٥) مسالك الأفهام: في التبرّع بالجعل ج ١١ ص ١٥٥.
(٦) الروضة البهية: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٢.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في الجعالة ج ١٠ ص ١٥٢.
(٨) كفاية الأحكام: في الجعالة ج ٢ ص ٥١٣.
(٩) مفاتيح الشرائع: في ما يشترط في الجاعل والعامل ج ٣ ص ١١٨.
(١٠) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ١٩١.

(الثاني) الجاعل: وشرطه أن يكون أهلاً للاستئجار،

بخلاف الجعالة﴾ كما في «التذكرة[١] والتحرير[٢] والدروس[٣] وجامع المقاصد[٤]» ومرادهم أنّ ذلك إذا قصد تطبيق العمل على الزمان بحيث يبتدئ بابتدائه وينتهي بانتهائه، لأنّ الجعالة جائزة فإذا لم يتّفق انطباق العمل على الزمان لم يخرج العقد عن مقتضاه، لأنّ التقدير بالعمل والزمان معاً يقتضي عدم الوثوق بحصول العوض، وهو مغتفر في الجعالة دون الإجارة، لأنّها لازمة. فلم يصحّ تقديرها بهما معاً، لأنّ اتّفاقهما نادر فيخلّ بلزوم العقد، ولأنّ تطبيق العمل على الزمان غير معلوم التحقّق، فيكون اشتراطه اشتراطاً لما لا يوثق بالقدرة عليه فلم يصحّ.

[في اشتراط أهلية الجاعل للاستيجار]

قوله: ﴿الثاني: الجاعل، وشرطه أن يكون أهلاً للاستئجار﴾ قال في «التذكرة[٥]» يشترط فيه أن يكون من أهل الاستئجار مطلق التصرّف، فلا ينفذ جعل الصبيّ والمجنون والسفيه والمحجور عليه لفلس والمكره وغير القاصد، ولانعلم فيه خلافاً، انتهى. ولا يعتبر ذلك في العامل، لأنّ ركنها الجاعل، فلو ردّ الصبيّ المميّز ولو بدون إذن وليّه والمحجور عليه استحقّ الجعل كما قطع به في «التذكرة[٦]» في الصبيّ بقوله قطعاً الجاري مجرى الإجماع. ويشكل بأنّها إذا كانت عقداً كان باطلاً فيستحقّ اُجرة المثل لا العوض، إلّا أن تقول: إنّ الغرض الأقصى

(١ و٥ و٦) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٦ و٢٨٧ س ٢٣ و٢٤ والسطر الأوّل.
(٢) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٤.
(٣) الدروس الشرعية: في الجعالة ج ٣ ص ٩٨.
(٤) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ١٩١.

وفي العامل إمكان تحصيل العمل،

منها تحصيل العمل، فبُني الأمر فيها على المسامحة في العامل والعمل في الجهالة وغيرها، وفي غير المميّز والمجنون وجهان: من عدم تحقّق القصد ووقوع العمل.

وخصّت الإجارة بالذكر في «الشرائع [1] والتذكرة [2] والتحرير [3]» وغيرها [4] لأنّها أشبه بالجعالة من البيع وغيره، لأنّ في كلّ منهما مقابلة منفعة بمال.

[في اشتراط إمكان العمل للعامل]

قوله: ﴿وفي العامل إمكان تحصيل العمل﴾ كما في «الشرائع [5] والإرشاد [6] والمسالك [7] ومجمع البرهان [8]» ولعلّه إليه أُشير في «التذكرة والدروس».

قال في الأوّل: لو قال: مَن ردّ عبدي فله كذا وكان العبد مسلماً فهل للكافر ردّه؟ الأقرب ذلك مع احتمال العدم، لاستلزامه إثبات السبيل [9]. وقال في الثاني: لو قال: من استوفى دَيني على المسلم فله كذا لم يدخل الذمّي ويدخل في ردّ العبد المسلم، لأنّ السبيل هنا ضعيف [10]. قلت: ومثله لو قال: مَن زار عالماً قربة إلى الله تعالى ونحوه ممّا يشترط فيه القربة وحصوله من المسلم أو المؤمن فلابدّ من أن يراد بالإمكان في كلامهم الإمكان الشرعي بهذا المعنى، وأمّا بمعنى كونه جائز

---

(١) شرائع الإسلام: في الجعالة ج ٣ ص ١٦٣. (٢) تقدّم في الصفحة السابقة في هامش ١ و٥ و٦.
(٣) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤١.
(٤) كما في مسالك الأفهام: في الجعالة ج ١١ ص ١٥٤.
(٥) شرائع الإسلام: في الجعالة ج ٣ ص ١٦٣.
(٦) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣٠.
(٧) مسالك الأفهام: في الجعالة ج ١١ ص ١٥٤.
(٨) مجمع الفائدة والبرهان: في الجعالة ج ١٠ ص ١٥٢.
(٩) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٦ السطر الأخير.
(١٠) الدروس الشرعية: في الجعالة ج ٣ ص ٩٨.

ولا يشترط تعيينه (تعيّنه ـ خ ل) ولا القبول نطقاً. ولو عيّن فردٌ غيره فهو متبرّع.

التصرّف فبعيد، إذ قد علمت أنّ الصبيّ لو ردّ استحقّ. وأمّا إرادة الإمكان العقلي والعرفي فيردّها أنّه لا يحتاج إلى اشتراطه فإنّ غير الممكن كذلك لا يمكن فعله.

قوله: ﴿ولا يشترط تعيينه﴾ كما في «التذكرة[1] والتحرير[2] وجامع المقاصد[3]» وغيرها[4] لأنّ الأصل والغالب في العامل جهالته، لأنّ الغرض ردّ الآبق وما في معناه ولا تعلّق للمالك بخصوصيّة الرادّ، بل قد لا يتمكّن منه معيّن، وقد لايكون مَن يتمكّن حاضراً، وربّما لا يعرفه المالك، فإذا أُطلق الاشتراط وشاع ذلك سارع مَن تمكّن منه إلى تحصيله فيحصل الغرض، فاقتضت المصلحة في مشروعيّة الجعالة أن تكون قابلة في العامل للجهالة.

قوله: ﴿ولا القبول نطقاً﴾ قد تقدّم الكلام[5].

[فيما لو عيّنه الجاعل فردٌ غيره]

قوله: ﴿ولو عيّن فردٌ غيره فهو متبرّع﴾ كما في «الشرائع[6] والتذكرة[7] والتحرير[8] والإرشاد[9] واللمعة[10] والمسالك[11] والروضة[12] ومجمع البرهان[13]» لأنّه

(١ و٧) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٦ س ٣٠ و٣٣.
(٢ و٨) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤١ و٤٤٢.
(٣) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ١٩٢.
(٤) كما في مسالك الأفهام: في صيغة الجعالة ج ١١ ص ١٥٢.
(٥) تقدّم في ص ٨٥٦ ـ ٨٥٩.
(٦) شرائع الإسلام: في الجعالة ج ٣ ص ١٦٣.
(٩) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣٠.
(١٠) اللمعة الدمشقية: في الجعالة ص ١٧٣.
(١١) مسالك الأفهام: في التبرّع بالجعل ج ١١ ص ١٥٥.
(١٢) الروضة البهية: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٢.
(١٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٥٢ ـ ١٥٣.

(الثالث) العمل: وهو كلّ ما يصحّ الاستئجار عليه، وهو كلّ عمل مقصود محلّل وإن كان مجهولاً،

لم يبذل له أُجرة ولا لمن يشمله. وفي «الشرائع» أنّ عمله ضائع. ولعلّه أراد أنّ ذلك إذا جعل على المجعول له العمل بنفسه أو قصد الرادّ العمل لنفسه أو أطلق، أمّا لو ردّه نيابةً عن المجعول له حيث يتناول الأمر النيابة فإنّه لا يضيع عمله وكان الجعل لمن جعل له. وفي «التذكرة[1]» لو ردّه عبد المجعول له استحقّ المولى الجعل، لأنّ ردّ عبده كردّه ويده كيده.

[في ما يصحّ الجعالة عليه]

قوله: ﴿الثالث: العمل، وهو كلّ ما يصحّ الاستئجار عليه، وهو كلّ عمل مقصود محلّل وإن كان مجهولاً﴾ أمّا أنّها تصحّ على كلّ عملٍ مقصود محلّل غير واجب كالخياطة وردّ الآبق والضالّة فممّا لا أجد فيه خلافاً، وقد نفى في «التذكرة[2]» الخلاف عن اشتراط كون العمل محلّلاً. ونصّ فيها[3] وفي «الشرائع[4] والتحرير[5] والإرشاد[6] واللمعة[7] والدروس[8]» وفي غيرها[9] على اشتراط كون العمل مقصوداً للعقلاء، فلو قال: من استقى من دجلة ورماه في الفرات ممّا

(١ و٢ و٣) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٦ س ٣٤ ـ ٣٥ وص ٢٨٧ س ٥ و٦.
(٤) شرائع الإسلام: في الجعالة ج ٣ ص ١٦٣.
(٥) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤١.
(٦) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣٠.
(٧) اللمعة الدمشقية: في الجعالة ص ١٧٣.
(٨) الدروس الشرعية: في الجعالة ج ٣ ص ٩٨.
(٩) كما في مسالك الأفهام: في الجعالة ج ١١ ص ١٥١.

لا يعدّه العقلاء مقصوداً لم يصحّ. ومثله الذهاب إلى موضع خطير ليلاً بغير غاية مقصودة.

والمراد بالمحلّل في كلامهم الجائز بالمعنى الأعمّ ليشمل المباح والمندوب والمكروه حيث يكون مقصوداً. ولابدّ من إخراج الواجب منه فلا تصحّ عليه الجعالة كما لا تصحّ عليه الإجارة. وقد نصّ في «التذكرة[1] والدروس[2] والمسالك[3] والروضة[4] ومجمع البرهان[5] والكفاية[6] والمفاتيح[7]» على اشتراط عدم كونه واجباً. فلو قال: مَن صلّى الفريضة فله كذا لم يصحّ. قال: ولو قال: مَن دلّني على مالي فله كذا فدلّه مَن كان المال في يده لم يستحقّ الجعل، لأنّ ذلك واجب عليه بالشرع فلا يجوز أخذ العوض عليه، أمّا لو كان في يد غيره فدلّه عليه استحقّ، لأنّه غير واجب عليه، والغالب أنّه يلحقه مشقّة في البحث عنه. ولو قال: مَن ردّ عليَّ مالي فله كذا فردّه مَن كان المال في يده نظر، فإن كان في ردّه من يده كلفةٌ ومؤنةٌ كالعبد الآبق استحقّ الجعل، وإن لم يكن كالدراهم والدنانير فلا[8]، انتهى.

وأمّا أنّها تصحّ إذا كان العمل مجهولاً فقد نصّ عليه في «المبسوط[9] والشرائع[10] والتذكرة[11] والتحرير[12] والإرشاد[13] والدروس[14] واللمعة[15]

(١ و١١) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٧ س ٧و٨ ـ ١٠.

(٢ و١٤) الدروس الشرعية: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ٩٨ و٩٩.

(٣) مسالك الأفهام: في متعلّق الجعالة ج ١١ ص ١٥١.

(٤) الروضة البهية: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٠.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٤٧.

(٦) كفاية الأحكام: في الجعالة ج ٢ ص ٥١٣.

(٧) مفاتيح الشرائع: في ما يشترط في الجعل والجعالة ج ٣ ص ١١٦.

(٨) عبارة «فلو قال ... فلا» من مجمع الفائدة والبرهان: في الجعالة ج ١٠ ص ١٤٧ ـ ١٤٨.

(٩) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٣٢. (١٠) شرائع الإسلام: في الجعالة ج ٣ ص ١٦٣.

(١٢) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤١.

(١٣) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣٠.

(١٥) اللمعة الدمشقية: في الجعالة ص ١٧٣.

ولايشترط الجهل، فلو قال «مَن خاط ثوبي أو: حجّ عنّي فله دينار» صحّ، لأن جوازه مع الجهل يستلزم أولوية جوازه مع العلم.

وجامع المقاصد[١] والمسالك[٢] والروضة[٣] ومجمع البرهان[٤] والكفاية[٥] والمفاتيح[٦]». وفي «الروضة» أنّ عدم اشتراط العلم بالعمل هنا موضع وفاق[٧]. قلت: لا أجد فيه خلافاً إلّا من صاحب «الوسيلة[٨]» قال: وتصحّ بشرطين تعيين العمل والأُجرة، انتهى فتأمّل.

وليعلم أنّ العمل لو كان مجهولاً بالكلّية لا يصحّ الجعل عليه، فمرادهم المجهول في الجملة، ومستندهم بعد الإجماع أنّ الغرض الأقصى من الجعالة بذل الجعل على ما لايمكن التوصّل بعقد الإجارة إليه لجهالته، لأنّ مسافة ردّ الآبق قد لاتعرف فتدعو الحاجة إلى احتمال الجهالة فيه كما تدعو إلى احتمالها في العامل، وقد احتملت الجهالة في القراض لتحصيل الزيادة فهنا أولى. هذا ولا يخفى أنّ قوله في الكتاب «وإن كان مجهولاً» يقضي بصحّة الاستئجار على العمل وإن كان مجهولاً.

[في عدم اشتراط الجهل في العمل]

قوله: ﴿ولايشترط الجهل، فلو قال «مَن خاط ثوبي أو: حجّ عنّي فله دينار» صحّ، لأنّ جوازه مع الجهل يستلزم أولويّة جوازه مع العلم﴾ والمخالف الشافعيّة في أحد الوجهين فإنّهم قالوا فيه: لا تصحّ الجعالة على العمل المعلوم[٩].

---

(١) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ١٩٢.

(٢) مسالك الأفهام: في متعلّق الجعالة ج ١١ ص ١٥٢.

(٣ و ٧) الروضة البهية: في الجعالة ج ٤ ص ٤٣٩.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في الجعالة ج ١٠ ص ١٤٩.

(٥) كفاية الأحكام: في الجعالة ج ٢ ص ٥١٣.

(٦) مفاتيح الشرائع: في ما يشترط في الجعل والجعالة ج ٣ ص ١١٦.

(٨) الوسيلة: في بيان الجعالة ص ٢٧٢.

(٩) الوجيز في فقه الإمام الشافعي: في الجعالة ص ١٩٥.

(الرابع) الجعل: وشرطه أن يكون معلوماً بالكيل أو الوزن أو العدد. ولو كان مجهولاً كثوبٍ غير معيّن أو دابّةٍ مطلقة ثبت بالردّ أجرة المثل. ولو قيل بجواز الجهالة إذا لم تمنع من التسليم كان حسناً كقوله: مَن ردّ عبدي فله نصفه، ومن خاط ثوبي فله ثلثه.

[في اشتراط كون العوض معلوماً]

قوله: «الرابع: الجعل، وشرطه أن يكون معلوماً بالكيل أو الوزن أو العدد. ولو كان مجهولاً كثوبٍ غير معيّن أو دابّةٍ مطلقة ثبت بالردّ أُجرة المثل. ولو قيل بجواز الجهالة إذا لم تمنع من التسليم كان حسناً كقوله: مَن ردّ عبدي فله نصفه، ومَن ردّ (خاط ـ خ ل) ثوبي فله ثلثه» جعل المصنّف هنا وفي «التذكرة[١]» للجعالة أربعة أركان: الصيغة والعاقد والعمل والجعل، وقد تقدّم الكلام في الثلاثة الأُول. وظاهره هنا كما هو صريح «التذكرة[٢]» أنّ الإخلال بواحد منها يفسد العقد ويبطله، وقد اشترط في الجعل هنا أن يكون معلوماً كما هو خيرة «المبسوط[٣] والوسيلة[٤] والشرائع[٥] والتحرير[٦] والتذكرة[٧] والإرشاد[٨] وجامع المقاصد[٩]» وقال في الأخير: أطلق الأصحاب عدم جواز كون الجعل مجهولاً. وفي «الإيضاح[١٠] ومجمع البرهان[١١]»

(١ و٢ و٧) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٦ س ٢ وص ٢٨٧ س ٢٧ و٢٨ و١٨.

(٣) المبسوط: في اللقطة ج ٣ص ٣٣٢. (٤) الوسيلة: في بيان الجعالة ج ٢ص ٢٧٢.

(٥) شرائع الإسلام: في الجعالة ج ٣ ص ١٦٣.

(٦) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤١.

(٨) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣٠.

(٩) جامع المقاصد: في الجعل وشرطه ج ٦ ص ١٩٣.

(١٠) إيضاح الفوائد: في الجعالة ج ٢ ص ١٦٣.

(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٤٩.

نسبة ذلك إلى الأصحاب. وفي «المسالك[1] والكفاية[2]» وكذا «المفاتيح[3]» أنّ المشهور اشتراط كون العوض معلوماً في صحّة الجعالة مطلقاً كما يشترط ذلك في عوض الإجارة. وقد صرّح هنا بكونه معلوماً بالكيل أو الوزن أو العدد كما في «الشرائع[4] والإرشاد[5] والتذكرة[6]». وفي الأخير و«المبسوط[7]» أنّه لو كان مجهولاً فسد العقد ووجب بالعمل اُجرة المثل. وقال في إحياء الموات من «الكتاب[8]»: لو قال: اعمل ولك نصف الخارج بطل لجهالة العوض إجارةً وجعالة. وهو يقضي بعدم جواز الجعالة مع جهالة الجعل مطلقاً. وهو ـ أي فساد العقد ـ حينئذٍ ظاهر «الكتاب والوسيلة» وما ذكرناه بعده من الكتب بل بعضها كاد يكون صريحاً، وقد سمعت الشهرات الثلاث.

وقال ولد المصنّف فيما كتب على «الإيضاح»: إنّ المانع من جهالته لا يقول إنّه يبطل أصل العقد وإنّما يبطل المسمّى، فلو جعل له جعلاً مجهولاً صحّت الجعالة وكانت له اُجرة المثل. وقال في «الدروس»: الجعالة صيغة دالّة على الإذن في عملٍ بعوض ولا يشترط فيهما العلم[9]. وقال في «اللمعة»: صيغة ثمرتها تحصيل المنفعة بعوض مع عدم اشتراط العلم فيهما[10]. وفسّر الضمير في «الروضة[11]» بالعمل والعوض. وقال في «اللمعة[12]» أيضاً: مَن قال: من ردّ عبدي أو خاط ثوبي فله كذا صحّ، أو: فله

(١) مسالك الأفهام: في متعلّق الجعالة ج ١١ ص ١٥٢.
(٢) كفاية الأحكام: في الجعالة ج ٢ ص ٥١٣.
(٣) مفاتيح الشرائع: في ما يشترط في الجعل والجعالة ج ٣ ص ١١٦.
(٤) شرائع الإسلام: في الجعالة ج ٣ ص ١٦٣.
(٥) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣٠.
(٦) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٧ س ٢٣ و ٢٧ ـ ٢٨.
(٧) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٣٣.
(٨) قواعد الأحكام: في إحياء الموات ج ٢ ص ٢٧٣.
(٩) الدروس الشرعية: في الجعالة ج ٣ ص ٩٧.
(١٠ و ١٢) اللمعة الدمشقية: في الجعالة ص ١٧٣.
(١١) الروضة البهية: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٠.

مال أو شيء صحّ، إذ العلم بالعوض غير شرط في تحقّق الجعالة، وإنّما هو شرط في تشخّصه وتعيّنه، فإن أراد ذلك فليذكر جنسه وقدره، وإلّا ثبت بالردّ أُجرة المثل، انتهى. وهذا كلّه يوافق ما حكيناه عن ولد المصنّف. وهو ظاهر «التبصرة[١]».

ويرشد إلى ذلك ما في «المسالك» من الاستدلال على جواز كون العوض مجهولاً بإطباقهم على صحّة الجعالة مع عدم تعيين الجعل ولزوم أُجرة المثل[٢]. ونحوه قوله في «الروضة[٣]» في ذلك: يرشد إلى ذلك اتّفاقهم على الحكم من غير تعرّض للبطلان أي بطلان الجعالة. ونظره في ذلك إلى قوله في «الدروس»: ولو كان مجهولاً فأُجرة المثل قولاً واحداً[٤] من دون تعرّض لبطلان الجعالة. لكن يقال له: إذا كانوا متّفقين على صحّة الجعالة مع عدم تعيين الجعل من أين حصلت الشهرة في «المسالك» على اشتراط كونه معلوماً في صحّة الجعالة وبين الدعويين أربعة أسطر؟ ثمّ إنّ صريح «التذكرة والكتاب» في إحياء الموات كما سمعت[٥] أنّه يفسد العقد وكذا غيرهما، وأنت إذا لحظت كلام «الروضة» ظهر لك أنّه لم يصل إلى مراده في اللمعة، ولعلّنا نبيّنه فيما يأتي إن شاء الله تعالى.

وظاهر المصنّف الميل إلى التفصيل الّذي ذكره، وقد فهم منه المحقّق الثاني[٦] أنّه مختاره، وقال: إنّه قويّ. وفي «التذكرة[٧]» أنّه أقوى. وفي «الإيضاح[٨]» أنّه أصحّ. وفي «الروضة[٩]» لا بأس به. وكأنّه مال إليه في «المسالك[١٠]» وهو خيرة «مجمع

(١) تبصرة المتعلّمين: في الجعالة ص ١٠١.
(٢ و ١٠) مسالك الأفهام: في شروط عوض الجعالة ج ١١ ص ١٥٣ ـ ١٥٤.
(٣ و ٩) الروضة البهية: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٠ و ٤٤١.
(٤) الدروس الشرعية: في الجعالة وأحكامه ج ٣ ص ٩٩.
(٥) تقدّم في الصفحة السابقة هامش ٨ و ٦.
(٦) جامع المقاصد: في الجعل وشرطه ج ٦ ص ١٩٣.
(٧) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٧ س ٣١.
(٨) إيضاح الفوائد: في الجعالة ج ٢ ص ١٦٣.

البرهان[١]» على الظاهر. وفي «الكفاية[٢]» أنّه غير بعيد. وفي «المفاتيح[٣]» أنّه أظهر، هذه أقوال المسألة.

احتجّ على الأوّل في «التذكرة» بأنّه لا حاجة إلى الجهالة فيه بخلاف العمل، وبأنّ العمل في الجهالة لا يصير لازماً، والعوض يلزم بوجود العمل فوجب كونه معلوماً، وبأنّه لا يكاد يرغب أحد في العمل إذا لم يعلم بالجعل فلا يحصل مقصود العقد[٤].

وأورد على الأوّل بأنّ الفرق غير تامّ، لأنّ أمرها مبنيّ على احتمال الغرر، وقد تمسّ الحاجة إلى جهالة العوض كما تمسّ إلى جهالة العمل بأن يريد تحصيل الآبق ببعضه وعمل الزرع ببعضه، وقد لا يريد العامل إلّا ثوباً كائناً مّا كان لمكان شدّة البرد ونحو ذلك[٥]. واستدلّ في «المسالك» بإطباقهم على صحّة الجعالة مع عدم تعيين الجعل ولزوم اُجرة المثل مع أنّ العمل الّذي ثبت اُجرة مثله غير معلوم عند العقد بل يحتمل الزيادة والنقصان، انتهى[٦] فتأمّل.

وعلى الثاني[٧] بأنّه إنّما يتمّ فيما إذا كان العوض مجهولاً بحيث لا يمكن تسلّمه ولا تسليمه. وأمّا إذا كان معلوماً في الجملة كالصبرة والدابّة والثوب ونصف الآبق والزرع فلا، فهو مثل العمل فإنّه لو كان مجهولاً بالكلّية لم يصحّ كما تقدّم[٨].

وعلى الثالث[٩] بأنّ العادة مطّردة بالرغبة في أعمال كثيرة مجهولة بجزء منها مجهول، وإنّما الكلام والتوقّف في صحّة ذلك، وقد ورد النصّ بجواز جعل السلب

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٤٩ ـ ١٥١.
(٢) كفاية الأحكام: في الجعالة ج ٢ ص ٥١٣.
(٣) مفاتيح الشرائع: في ما يشترط في الجعل والجعالة ج ٣ ص ١١٦.
(٤) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٧ س ٢٤ ـ ٢٦.
(٥) أورد على الأوّل الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في شروط عوض الجعالة ج ١١ ص ١٥٣.
(٦) مسالك الأفهام: في شروط عوض الجعالة ج ١١ ص ١٥٣ ـ ١٥٤.
(٧) أورد على الثاني المقدّس الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٥٠.
(٨) تقدّم في ص ٨٧٠ ـ ٨٧١.
(٩) أورد على الثالث الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في شروط عوض الجعالة ج ١١ ص ١٥٣.

للقاتل من غير تعيين كقوله صلى الله عليه وآله: «من قتل فله سلبه»[١]. ثمّ إنّه مع عدم الرغبة والرضا لابدّ من التعيين إن احتاج إليه لتحصيل ماله، ونحن لم نوجب عليه التجهيل بل نجوّز له ذلك إن وجد راغب وإلّا عيّن إن أراد. قال المقدّس الأردبيلي[٢]: لا نجد على اشتراط المعلوميّة دليلاً، ولا فرق بين العمل والعوض فإن أمكن تسليمه العوض وأخذه بحيث لا يقع فيه نزاع ووجد الراغب جازت الجهالة فيه.

وممّا ذُكر يُعلم الوجه في التفصيل.

ووجه كلام فخر الإسلام والشهيد أنّ مثل قوله: مَن ردّ عبدي فله مال أو شيء يعدّ جعالة، لأنّها لا تنحصر في لفظ، إذ العلم بقدر العوض وجنسه غير شرط في تحقّق الجعالة لاتّساعها وبنائها على الجهالة في أحد العوضين، فكان أمرها مبنيّاً على احتمال الغرر، وإنّما هو شرط في تشخيص العوض، فإن أراد التعيين ذكر قدره وجنسه، وإلّا يذكر قدره وجنسه وإنّما قال: له مال أو شيء ثبت بالردّ أُجرة المثل، فأُجرة المثل منزّلة منزلة الشيء فكان كأنّه لمّا قال له: لك شيء أو مال أراد أنّ لك أُجرة المثل، فثبوتها في هذا العقد ليس لبطلانه، فتصحّ أيضاً فيما إذا قال: إذا فعلت كذا فأنا أُرضيك وأُعطيك ونحو ذلك، ويثبت له أُجرة المثل.

وممّا ذكر يُعلم الحال في قوله في «اللمعة»: فإن أراد التعيين فليذكر جنسه وقدره وإلّا ثبت بالردّ أُجرة المثل، وقد فسّر في «الروضة» قوله «وإلّا ثبت» بأنّه إن لم يذكر القدر أصلاً أو ذكره ولم يعيّنه ثبت أُجرة المثل. ثمّ إنّه قال: إنّه يشكل ... إلى آخر ما قال[٣]. وأنت خبير بأنّه لو استدعى الردّ ولم يبيّن أُجرة المثل فالرادّ عند الشهيد في ظاهر «اللمعة[٤]» متبرّع لأصالة البراءة كما لو استدعاه مجّاناً. ويأتي[٥]

(١) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٤٠٣.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٥٠.
(٣) الروضة البهية: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٠.
(٤) اللمعة الدمشقية: في الجعالة ص ١٧٣.
(٥) سيأتي في ص ٨٩٨ ـ ٩٠٠.

المطلب الثاني: في الأحكام

الجعالة جائزة من الطرفين،

استشكال المصنّف فيه، ولو سلّم أنّه مشمول لعبارة اللمعة فمن حيث إثباته أُجرة المثل لا يأتي فيه الإشكال الّذي ذكره، إلّا أنّها هل هي بمقتضى العقد أم لا؟ فكلام آخر، فليلحظ ذلك من أراده.

وليُعلم أنّ التفصيل إنّما هو فيما إذا كان العبد مجهولاً كما هو واضح، فلو كان معلوماً فأولى بالصحّة إلّا أن نمنع الاستئجار على الارتضاع بجزءٍ من المرتضع بعد الانفصال. وإليه أشار في «التذكرة[1]» في آخر المسألة.

﴿المطلب الثاني: في الأحكام﴾

[في أنّ الجعالة جائز]

قوله: ﴿الجعالة جائزة من الطرفين﴾ كما صرّح به في «المبسوط[2]» وسائر ما تأخّر عنه[3] إلّا ما قلّ. وفي «التذكرة[4]» أنّها عقد جائز من الطرفين إجماعاً كما تقدّم أيضاً. وفي «الكفاية[5]» أنّه لا يعرف فيه خلافاً. وفي «المسالك» أنّه لا خلاف فيه، سواء جعلناها عقداً أو إيقاعاً، لأنّها بمنزلة أمر الغير بعملٍ له أُجرة فلا يجب المضيّ فيه من الجانبين[6].

قلت: الخلاف معروف من أبي عليّ، قال: لو جعل عامّاً لمن جاء بالآبق فخرج

---

(١) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ص ٢٨٧س ٣١. (٢) المبسوط: في اللقطة ج ٣ص ٣٣٢.

(٣) منهم ابن حمزة في الوسيلة: في بيان الجعالة ص ٢٧٢، والمحقّق في شرائع الإسلام: في الجعالة ج ٢ ص ١٦٤، والعلّامة في مختلف الشيعة: في الجعالة ج ٦ ص ١١٣ ـ ١١٤.

(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام الجعالة ج ٢ ص ٢٨٨ س ٢٤ ـ ٢٥.

(٥) كفاية الأحكام: في الجعالة ج ٢ ص ٥١٣.

(٦) مسالك الأفهام: في الجعالة جائزة ج ١١ ص ١٥٦.

الناس عند عمومه بما جعل من الجعل فأشهد المولى على نفسه بأنّه قد فسخ ما كان جعله لم ينفسخ بذلك، حكاه عنه في «المختلف[١]» فليتأمّل في إطلاق أبي عليّ[٢].

وقوله في «الشرائع[٣]»: إنّها لازمة من طرف الجاعل إلّا أن يدفع أُجرة ما عمل حيث يكون قد تلبّس العامل بالعمل لا يقتضي اللزوم، لأنّ المراد جواز تسلّط كلّ منهما على فسخه سواء ترتّب على ذلك لزوم عوض في مقابلة العمل أم لا. ولك أن تقول: إنّ قولهم: إنّ الجاعل يدفع أُجرة ما عمل العامل وإنّ الماضي عليه أُجرته ونحو ذلك على اختلافهم في التعبير مع المحافظة على لفظ الأُجرة ـ وأوضح من ذلك ما قاله في «الدروس»: وعليه فيما مضى بنسبته إلى الجميع[٤] ـ يقضي بكونها لازمة بالنسبة إلى ما مضى، لأنّه يقضي بعدم إبطال السابق بالفسخ. والمراد بالجواز بل المتبادر منه إبطال دفع حكم العقد مطلقاً، وهو يقتضي ثبوت أُجرة المثل لما

(١) مختلف الشيعة: في الجعالة ج ٦ ص ١١٣.

(٢) لايخفى أنّ كلّ عقد لابدّ منه من إيجاب وقبول، فالإيجاب ما يوجبه الموجب على نفسه سواء كان الموجب بيعاً أو هبةً أو إجارةً أو صلحاً أو غيرها، يعني أنه يجعل على نفسه الالتزام بما أوجبه وأوجده. والقبول هو ما يقبل هذا الايجاب ويلتزم بما التزم به الموجب. وعليه فكلّ مَن التزم بشيءٍ سواء كان بايجاب أو بقبول لابدّ أن يكون ملتزماً بما التزم به فإنّه عقد وعهد يجب الوفاء به بمقتضى العقل والشرع، إلّا أن يخرجه دليل قاطع عن ذلك، وليس في المقام دليل قاطع إلّا دعوى الإجماع الموهون عند أهل التحقيق كما بيّنّاه في هذه التعليقات مراراً وقد أوضحناه في كتابنا «سيرى در معارف اسلامى».

هذا مضافاً إلى ما حكاه الشارح عن أبي علي وعن ظاهر الشرائع والدروس وجامع المقاصد، فإنّ ذلك كافٍ في نفي الإجماع لو كان معتبراً. إن قلت لاشكّ في ان الجاعل مختار في انصرافه عن جعله ولا سيّما قبل قبول الجعالة من القابل. قلت: هذا حال جميع العقود اللازمة وغير اللازمة وحال جميع الإيجابات قبل مجيء قبولها ولا يفترق الجعالة عنها بوجه، والكلام في جوازها وعدم جوازها إنّما هو فيما إذا تمّت بالإيجاب والقبول وأنه هل يجوز للجاعل بعد ما قبلها القابل الرجوع عمّا عهد به من الجعل على العمل المعهود أم لايجوز؟ فتأمّل جيّداً.

(٣) شرائع الإسلام: في الجعالة ج ٣ ص ١٦٤.

(٤) الدروس الشرعية: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ١٠٠.

فللعامل الفسخ قبل إتمام العمل، ولا شيء له، لأنّه أسقط حقّه،

سبق من العمل، على أنّ ثبوت أُجرة المثل لا تقتضي البطلان عند الشهيد[١] وغيره[٢]، فتكون عندهم جائزة من طرف العامل لازمة من طرف الجاعل، كالرهن لازم من طرف الراهن جائز من طرف المرتهن، وبكونها لازمة من طرف المالك فيما مضى صرّح في «جامع المقاصد[٣]» في أثناء كلامٍ له فيما يأتي، لكن ما يُفهم من «المبسوط[٤] والشرائع[٥] والإرشاد[٦] والتبصرة[٧]» من أنّ فسخ الجاعل متوقّف على دفع الأُجرة ليس بمراد قطعاً لمخالفته للإجماع كما في «المسالك[٨]» لأنّه إذا فسخ بطل العقد من حينه ولزمته الأُجرة سواء دفعها أم لا.

قوله: ﴿فللعامل الفسخ قبل إتمام العمل، ولا شيء له، لأنّه أسقط حقّه﴾ وأبطل المنفعة على نفسه كما في «المبسوط[٩] والتحرير[١٠] والروضة[١١]» وكذا في «التذكرة[١٢] والدروس[١٣] وجامع المقاصد[١٤] والمسالك[١٥] ومجمع البرهان[١٦]

---

(١) لم نعثر على ما نسب إلى الشهيد.
(٢) لم نعثر عليه.
(٣ و ١٤) جامع المقاصد: في أحكام الجعالة ج ٦ ص ١٩٦ و ١٩٤.
(٤ و ٩) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٣٢.
(٥) شرائع الإسلام: في الجعالة ج ٣ ص ١٦٤.
(٦) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١٠ ص ٤٣٠.
(٧) تبصرة المتعلّمين: في الجعالة ص ١٠١.
(٨ و ١٥) مسالك الأفهام: في الجعالة ج ١١ ص ١٥٩ و ١٥٦.
(١٠) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٣.
(١١) الروضة البهية: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٣.
(١٢) تذكرة الفقهاء: في أحكام الجعالة ج ٢ ص ٢٨٨ س ٢٧.
(١٣) الدروس الشرعية: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ١٠٠.
(١٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٥٣.

والكفاية[١] والمفاتيح[٢]». وفي «الكفاية» أنّه المشهور، لأنّ المالك لم يجعل له العوض إلّا في مقابلة مجموع العمل ولم يحصل غرضه، ولم يأت العامل بما شرط عليه العوض[٣]. ولمّا كانت جائزة لم يثبت فيها شيء إلّا بالشرط بخلاف الإجارة فإنّها لازمة تستقرّ الاُجرة شيئاً فشيئاً. واحتمل في السبعة المتأخّرة أنّه لو كان الجعل على نحو خياطة ثوب فخاط بعضه وجوب حصّته قالوا: ويقوّى الاحتمال لو مات أو شغله ظالم، ثمّ إنّ بعضهم استظهر ذلك كالمولى الأردبيلي[٤] وبعضهم نفى عنه البأس كالشهيد الثاني[٥] وغيره[٦]. والمدار عندهم على العمل الّذي تقابل أجزاءه بالاُجرة كبناء الحائط وتعليم القرآن، بل احتمل المحقّق الثاني[٧] ثبوت الحصّة مطلقاً لكن قال الشهيد الثاني: إنّه لا إشكال في عدم استحقاق شيء في نحو ردّ العبد، لأنّه أمر واحد لا يتقسط العوض على أجزائه[٨]. ونحوه ما في «الكفاية[٩] والمفاتيح[١٠]».

تذنيب: لو فسخ العامل ثمّ أراد العمل فهل ينفسخ العقد أم يستمرّ إيجاب الجاعل؟ احتمالان ذكرهما في «جامع المقاصد[١١]» من دون ترجيح، وربّما بني ذلك على أنّ الجعالة عقدٌ أم لا، فعلى الأوّل يحتمل الانفساخ، لأنّ ذلك قضيّة العقد الجائز وعدمه، لأنّ العبرة بإيجاب المالك وإذنه، وذلك أمرٌ لا قدرة للعامل على فسخه. وعلى الثاني يتّجه عدم بطلانها لمكان بقاء الإيجاب والإذن. ومعنى قولهم «يجوز للعامل الفسخ» أنّه لا يجب عليه الوفاء بالعمل وإن بقي حكم الإذن.

(١ و٣ و٩) كفاية الأحكام: في الجعالة ج ٢ ص ٥١٣ ـ ٥١٤.
(٢ و١٠) مفاتيح الشرائع: في كون الجعالة من العقود الجائزة ج ٣ ص ١١٥.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٥٣.
(٥ و٨) مسالك الأفهام: في الجعالة ج ١١ ص ١٥٩.
(٦) كالشهيد في الدروس الشرعية: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ١٠٠.
(٧ و١١) جامع المقاصد: في أحكام الجعالة ج ٦ ص ١٩٤ و١٩٥.

وكذا للجاعل قبل التلبّس بالعمل مطلقاً وبعده فيدفع أُجرة ما عمل

قوله: ﴿وكذا للجاعل قبل التلبّس بالعمل مطلقاً وبعده فيدفع أُجرة ما عمل﴾ أي له الفسخ قبل التلبّس بالعمل وبعده لكنّه حيث يفسخ بعده يدفع أُجرة ما عمل. وفي «جامع المقاصد» لا موقع لقول المصنّف مطلقاً كما لايخفى، قال: وفسّره الشهيد في حواشيه بأنّ معناه أنّ له ذلك من غير شرط بذل عوض، ولا محصل له[1]. قلت: لعلّه أراد سواء كان العمل ممّا يوزّع على الأُجرة أو لا كردّ الآبق وإن شرع في المقدّمات، أو سواء كانت عقداً أو إيقاعاً عيّن العوض أم لا.

وكيف كان، فنحو ما في الكتاب كلام «المبسوط[2] والشرائع[3] والتبصرة[4] والإرشاد[5] والتذكرة[6] والتحرير[7] والدروس[8] واللمعة[9] وجامع المقاصد[10] والمسالك[11] والروضة[12] ومجمع البرهان[13] والكفاية[14] والمفاتيح[15]» لكن عبارات الأربعة الأُول تعطي توقّف الفسخ على دفع الأُجرة كما نبّهنا عليه فيما مرّ، وعبارتا «الدروس

(۱ و ۱۰) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ١٩٥.
(۲) المبسوط: في اللقطة ج ۳ ص ۳۳۲.
(۳) شرائع الإسلام: في الجعالة ج ۳ ص ١٦٤.
(٤) تبصرة المتعلّمين: في الجعالة ص ۱۰۲.
(٥) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ۱ ص ٤٣٠.
(٦) تذكرة الفقهاء: في أحكام الجعالة ج ۲ ص ۲۸۸ س ۲۸.
(۷) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٣.
(۸) الدروس الشرعية: في أحكام الجعالة ج ۳ ص ۱۰۰.
(۹) اللمعة الدمشقية: في الجعالة ص ١٧٤.
(۱۱) مسالك الأفهام: في الجعالة ج ۱۱ ص ١٥٨.
(۱۲) الروضة البهية: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٣.
(۱۳) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ۱۰ ص ١٥٣.
(١٤) كفاية الأحكام: في الجعالة ج ۲ ص ٥١٤.
(١٥) مفاتيح الشرائع: في كون الجعالة من العقود الجائزة ج ۳ ص ١١٥.

واللمعة» تعطيان اللزوم بالنسبة إلى ما مضى وكذا غيرهما كما تقدّم أيضاً.

والوجه فيما ذكروه ـ من أنّه إذا فسخ بعد التلبّس وقد عمل ما يوجب أجراً دفع إليه أُجرة ما عمل ـ أنّه إنّما عمل بعوض لم يسلّم له، ولا تقصير من قبله، والأصل في العمل المحترم الواقع بأمر المالك أن يقابل بالعوض. ولو قلنا: إنّه لاعوض له وفتحنا هذا الباب لكان للإنسان أن يكمّل أكثر عمله بغير عوض. وأمّا إذا تلبّس ولم يكن عمل عملاً يقابل بالأُجرة فلا شيء له أصلاً إن تمّ الفرض.

والظاهر أنّ المراد بالعوض حصّته بنسبة ما فعل إلى المجموع من العوض المبذول كما هو صريح «الدروس[1]» لأنّه العوض الّذي اتّفقا عليه، فلا يلزم غيره خصوصاً إذا زادت أُجرة المثل عنه، لقدومه على أنّه لا يستحقّ سواه، وهو خيرة «المسالك[2] والروضة[3] والكفاية[4]» لكن قوله في «التذكرة[5]» عليه للعامل أُجرة مثله يخالف ذلك ظاهراً. ووجهه أنّه بالفسخ بطل حكم العقد، ولمّا كان العمل محترماً جبر بأُجرة المثل كما لو فسخ المالك القراض.

وفيه: أنّ المشروط للعامل في القراض جزء من الربح، فقبل ظهوره لا وجود له حتّى ينسب إليه ما فعل، بخلاف عامل الجعالة فإنّه مضبوط يمكن الاعتماد على نسبته. وهذا إنّما يتمّ فيما يتوزّع على أجزائه الأُجرة لا فيما هو نحو ردّ الآبق ولم يحصل في يده وقد فسخ، ويتمّ فيما إذا فسخ وقد صار في يده. وحينئذٍ ففائدة الفسخ عدم سلامة جميع العوض له على هذا التقدير، بل يستحقّ لما سبق بنسبته، ويبقى له فيما بعد ذلك أُجرة المثل على ما يعمله إلى أن يتسلّمه المالك، وهو حفظه

---

(١) الدروس الشرعية: في الجعالة وأحكامها ج ٣ ص ١٠٠.

(٢) مسالك الأفهام: في الجعالة ج ١١ ص ١٥٧.

(٣) الروضة البهية: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٣.

(٤) كفاية الأحكام: في الجعالة ج ٢ ص ٥١٤.

(٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الجعالة ج ٢ ص ٢٨٨ س ٢٨.

ويستحقّ العامل الجعل بالتسليم،

عنده ونحوه، إذ لا يجب عليه ردّه على المالك، بل تمكينه منه إن كان قد علم بوصوله إلى يده، وإن لم يعلم وجب إعلامه. فاندفع ما[١] أُشكل على المحقّق الثاني من أنّه في هذه الصورة لا يكاد يتحقّق للفسخ معنى، إذ لا يجوز له تركه، بل يجب تسليمه إلى المالك أو مَن يقوم مقامه، فلا تتحقّق فائدة للفسخ حينئذٍ.

هذا وليُعلم أنّ العقد إنّما ينفسخ إذا علم العامل بالفسخ من الجاعل وإلّا فهو على حكمه، فلو عمل استحقّ تمام العوض كما في «التذكرة[٢] والدروس[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥]» فكان كالوكيل إذا لم يعلم بالعزل.

[في استحقاق العامل العوض بالتسليم]

قوله: ﴿ويستحقّ العامل الجعل بالتسليم﴾ كما في «المبسوط[٦] والشرائع[٧] والتذكرة[٨] والتحرير[٩] والإرشاد[١٠] والتبصرة[١١] والدروس[١٢] واللمعة[١٣] وجامع المقاصد[١٤] والمسالك[١٥] والروضة[١٦] والكفاية[١٧]» وذلك مع التصريح

(١ و٤ و١٤) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ١٩٥ و١٩٦.
(٢ و٨) تذكرة الفقهاء: في أحكام الجعالة ج ٢ ص ٢٨٨ س ٣٠ ـ ٣١ والسطر الأخير.
(٣ و١٢) الدروس الشرعية: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ١٠٠.
(٥ و١٥) مسالك الأفهام: في الجعالة ج ١١ ص ١٥٨ و١٥٥ ـ ١٥٦.
(٦) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٣٤. (٧) شرائع الإسلام: في الجعالة ج ٣ ص ١٦٤.
(٩) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٢. (١٠) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣٠.
(١١) تبصرة المتعلّمين: في الجعالة ج ٣ ص ١٠٢.
(١٣) اللمعة الدمشقية: في الجعالة ص ١٧٤.
(١٦) الروضة البهية: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٥.
(١٧) كفاية الأحكام: في الجعالة ج ٢ ص ٥١٣.

فلو جاء به إلى باب منزله فهرب أو مات لم يستحق شيئاً، ويحتمل الاستحقاق مع الموت بالنسبة.

بالجعل على إيصاله إلى يده أو الإطلاق لتعلّق الاستحقاق بالردّ، والمتبادر منه إلى اليد ولم يحصل. وقال المقدّس الأردبيلي: إن كان العمل الّذي شرط له مستلزماً للتسليم أو شرط فيه ذلك لزمه ذلك، وإلّا فلا. فلو قال: مَن ردّ عبدي إلى هذا البلد فله كذا لم يجب التسليم، وكذا لو قال: مَن خاط لي هذا الثوب فالظاهر أنّه يستحقّ بالعمل دون التسليم [١]. قلت: الأوّل خارج عن الفرض. وبه صرّح في «الروضة [٢]» والثاني جيّد. وقد قيل [٣] مثله في باب الإجارة. ويترتّب على ما قالوه أنّه ليس للعامل حبس العبد ليتسلّم العوض، لأنّ الاستحقاق بالتسليم فلا يتقدّم عليه.

قوله: ﴿فلو جاء إلى باب منزله فهرب﴾ أي لم يستحقّ شيئاً كما هو المفروض في كلامهم.

قوله: ﴿أو مات لم يستحقّ شيئاً﴾ كما في «التذكرة [٤] والمسالك [٥]» وإن كان بداره كما في «الروضة [٦]» وزاد في الأوّل: ما إذا غصبه غاصب.

قوله: ﴿ويحتمل الاستحقاق مع الموت بالنسبة﴾ هذا هو الأقوى كما في «الإيضاح [٧]» لأنّ المانع ليس من قِبله وأنّ ردّ الممكن عادة قد حصل، وتسليمه من الموت ليس داخلاً تحت قدرة البشر، وكأنّه ميل إليه في «جامع

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٥٣.

(٢ و٦) الروضة البهية: في الجعالة ج ١١ ص ٤٤٥.

(٣) كما في مجمع الفائدة والبرهان: في شرائط الإجارة ج ١٠ ص ١٦ ـ ١٧.

(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام الجعالة ج ٢ ص ٢٨٨ س ٣٨.

(٥) مسالك الأفهام: في الجعالة ج ٢ ص ١٥٦.

(٧) إيضاح الفوائد: في الجعالة ج ٢ ص ١٦٣.

ويعمل بالمتأخّر من الجعالتين سواء زادت أو نقصت قبل التلبّس، وإلّا فبالنسبة.

المقاصد[1] والروضة[2]». وفي «المسالك» أنّ الفرق ضعيف، لاشتراكهما في المقتضي، إذ لا دخل في ذلك لاستحقاق الجعل على العمل المخصوص المنفيّ في الصورتين[3].

[في ما لو تعقّبت جعالة بعد أُخرى]

قوله: ﴿ويعمل بالمتأخّر من الجعالتين سواء زادت أو نقصت قبل التلبّس، وإلّا فبالنسبة﴾ قد صرّح في «الشرائع[4] والتذكرة[5] والتحرير[6] والإرشاد[7] والتبصرة[8] واللمعة[9] وجامع المقاصد[10] والمسالك[11] والروضة[12] ومجمع البرهان[13]» بأنّه يعمل بالمتأخّرة من الجعالتين. وقد قيّد ذلك في «التذكرة واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان» بما إذا سمع العامل الجعالتين، وهو مراد من أطلق. وفي «اللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة» أنّه لو سمع إحداهما خاصّة فالعبرة بما سمعه لا غير. ومعناه أنّه إذا سمع الأُولى خاصّة

(١ و١٠) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ١٩٦.
(٢ و١٢) الروضة البهية: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٥.
(٣ و١١) مسالك الأفهام: في الجعالة ج ١١ ص ١٥٦ و١٦٠ ـ ١٦١.
(٤) شرائع الإسلام: في الجعالة ج ٣ ص ١٦٤.
(٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الجعالة ج ٢ ص ٢٨٨ س ٣٤ ـ ٣٥.
(٦) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٣.
(٧) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣٠.
(٨) تبصرة المتعلّمين: في الجعالة ص ١٠٢.
(٩) اللمعة الدمشقية: في الجعالة ص ١٧٤.
(١٣) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٥٤ ـ ١٥٥.

استحقّ الجعل الأوّل. وقال في «التذكرة[١]»: إنّه لو لم يسمع العامل الجعالة الأخيرة فلا بأس بالرجوع إلى اُجرة المثل، ويأتي[٢] تحقيق الحال.

وقيّد ذلك أيضاً في «التذكرة[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥] والروضة[٦] ومجمع البرهان[٧]» بما إذا سمع الثانية قبل الشروع في العمل كالكتاب، وأمّا إذا سمع الثانية بعد الشروع في العمل ففي «الكتاب وجامع المقاصد[٨] والمسالك[٩] والروضة[١٠]» أنّ له من الاُولى بنسبة ما عمل إلى الجميع. وفي الثلاثة الأخيرة: أنّ له من الثانية بنسبة الباقي على إشكال في ذلك «لجامع المقاصد والمسالك» يأتي بيانه ودفعه.

وفي «التذكرة» أنّه إذا سمع الثانية بعد الشروع في الاُولى فالأقرب الرجوع إلى اُجرة المثل، لأنّ الجعالة الثانية فسخ للاُولى، والفسخ في أثناء العمل يفضي إلى اُجرة المثل[١١]. ولم يفرّق المصنّف في «الكتاب والتذكرة والتحرير» والمحقّق في «الشرائع» بين ما إذا زادت الجعالة الثانية أو نقصت. وهو قضيّة إطلاق الباقين. وإطلاق الجميع شامل لما إذا كانتا مطلقتين أو الثانية مقيّدة بالزمان أو المكان. وهو محمول على ما إذا كانتا مطلقتين، أمّا مع التقييد فلابدّ من التفصيل الآتي، هذا تحرير كلام الأصحاب.

وتنقيح البحث أن يقال: كما يجوز فسخ المالك لأصل الجعالة وإبطالها رأساً يجوز في قيودها من صفات الجعل بالزيادة والنقصان والجنس والوصف والمكان والزمان قبل التلبّس بالعمل وبعده قبل إكماله، فإذا عقّب الجعالة على عمل معيّن

(١ و٣ و١١) تذكرة الفقهاء: في أحكام الجعالة ج ٢ ص ٢٨٨ س ٣٦ و٣٤ و٣٧.

(٢) سيأتي تتمّة البحث في ذلك في ص ٨٨٨.

(٤ و٨) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ١٩٦.

(٥ و٩) مسالك الأفهام: في الجعالة ج ١١ ص ١٦٠ ـ ١٦١.

(٦ و١٠) الروضة البهية: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٥.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ٦ ص ١٥٥.

بأُخرى وزاد أو نقص فقد أبطل الأُولى وجعل بدلها الأُخرى.

فإن كان قبل أن يشرع في العمل عمل بالأخيرة، وإن كان قد سعى العامل في الردّ من دون أن يتسلّم الضالّة أو العبد ذهب سعيه ضياعاً بلا أُجرة، لأنّ العمل هنا الردّ، والذهاب ليس منه نفسه وإنّما هو من مقدّماته، فكان كأنّه لم يسمع.

وإن كان بعد الشروع في العمل كأن كان خاط بعض الثوب الّذي قد جعل عليه أوّلاً مائة مثلاً ثمّ جعل عليه ثانياً عشرة، فقد سمعت ما في «التذكرة» من أنّه يرجع إلى أُجرة المثل فيما عمل وعرفت وجهه. وفيه: ما تقدّم[1] مثله من أنّه إذا (قد ـ خ ل) أقدم على المسمّى فليستحقّ بالنسبة منه، فلا يتّجه الرجوع إلى أُجرة المثل خصوصاً إذا كانت أزيد منه. نعم لو قيل: بثبوت أقلّ الأمرين من أُجرة المثل ونسبته إلى المسمّى لكان وجهاً في الجملة. والمصنّف في «الكتاب» ومَن وافقه قالوا: له من المائة بنسبة ما عمل قبل الجعالة الثانية، لأنّ ذلك رجوع عن الأُولى، وهو من جهة المالك، فيجب عليه ذلك كما تقدّم[2].

وإن كان قد عمل أيضاً بعد سماعة الثانية فله من الثانية بنسبة الباقي إذا أكمل العمل، لكنّ في هذا إشكال ينشأ من أنّه إنّما جعل الجعل الثاني على مجموع العمل ولم يحصل، والعامل عالم بالحال، فكان عمله بعد سماعه الثانية واقعاً بدون عوض مبذول من المالك في مقابلته، لأنّ الجعالة لا تقابل بالأجزاء إلّا في مواضع، فنفرض هذا فيما إذا قبض العبد في بلاد نائية وسمع الجعالة الثانية بالتقريب الّذي ذكرناه آنفاً[3] في دفع ما أُشكل على المحقّق الثاني، فلا تكون هذه الجعالة ممّا تقابل بالأجزاء.

ويجاب عنه ـ على ما فيه ممّا لا يخفى ـ بأنّه عمل عملاً وقد أتمّه بأمر المالك

---

(١) تقدّم في ص ٨٨٢ ـ ٨٨٣ و٨٨٦.

(٢ و٣) تقدّما في الصفحة السابقة.

ولو حصلت الضالّة في يد إنسان قبل الجعل وجب دفعها إلى مالكها ولا شيء له

بالعوض الّذي عيّنه، ولا سبيل إلى اُجرة المثل، لأنّ العوض معيّن ولا إلى مجموع الجعل الثاني، لأنّه لم يعمل مجموع العمل بعد الأمر به، فلا مناص عن التوزيع.

وهذا كلّه إذا كان قد سمع الجعالتين، أمّا لو سمع إحداهما خاصّة فإنّه يستحقّ الجعل فيما سمعه كما عرفت[1]، وقد سمعت[2] ما في «التذكرة».

وأمّا إذا كانت الثانية مخالفة للاُولى في الزمان والمكان كما إذا كان قد قال: مَن ردّ عبدي يوم الجمعة فله مائة، ثمّ قال: مَن ردّه يوم السبت فله دينار، أو قال: مَن ردّ عبدي من الشام فله مائة، أو: من بغداد فله دينار، فالظاهر عدم المنافاة، فيلزم ما عيّن لكلّ واحدٍ من الوصفين لمن عمل فيه. وكذا لو كانت الاُولى مطلقة والثانية مقيّدة بزمانٍ أو مكان وكان جعل الاُولى أقلّ. وإن كانت الثانية أقلّ احتمل الرجوع وأن يحمل المطلق على غير صورة المقيّد، فليلحظ ذلك كلّه وليتأمّل فيه لأنّ الأصحاب أطلقوا. ولعلّهم لحظوا أنّ المتبادر في العرف الرجوع عن الاُولى وإبطالها رأساً.

[فيما لو تسلّم العامل الضالّة قبل الجعل]

قوله: ﴿ولو حصلت الضالّة في يد إنسان قبل الجعل وجب دفعها إلى مالكها ولا شيء له﴾ كما في «الشرائع[3] والتحرير[4] والإرشاد[5]» وكذا

(١ و٢) قد عرفته من أوّل البحث في ص ٨٨٤ إلى هنا وسمعت عن التذكرة في ص ٨٨٦.

(٣) شرائع الإسلام: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ١٦٤.

(٤) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٢.

(٥) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣٠.

«المبسوط[١] والتذكرة[٢] وجامع المقاصد[٣]» لكن لم يذكر فيها وجوب الدفع، ولعلّه لأنّه لا يجب وإنّما يجب الإعلام والتخلية، ولعلّ المصنّف والمحقّق أرادا به الردّ أو إعلام المالك والتخلية.

وكيف كان، فقد نسب أنّه لا شيء له إذا حصل في يده قبل الجعل في «التذكرة[٤]» إلى أكثر علمائنا وقوّاه، وإنّما ذكر ما نسب إليه في «جامع المقاصد[٥] والمسالك[٦] والكفاية[٧]» من التفصيل فيما إذا قال: مَن ردّ عليَّ مالي فله كذا، فردّه مَن كان المال في يده، قال: نظر، فإن كان في ردّه من يده مزيد كلفة ومؤنة كالعبد الآبق استحقّ الجعل، وإن لم يكن كالدراهم والدنانير فلا، لأنّ ما لا كلفة فيه لا يقابل بالعوض كما تقدّم[٨]. ولعلّ ذلك منهم لاتّحاد الطريق. وقد استوجهه المحقّق الثاني[٩] وفيه نظر ظاهر.

والوجه فيما ذكر في الكتاب وما وافقه أنّ الدفع واجبٌ عليه حينئذٍ فلا يستحقّ أجراً عليه، إذ لا جعل على الواجب، ولا عمل بالإذن يستحقّ به. وظاهر «الكفاية[١٠]» التوقّف، وكذا «مجمع البرهان[١١]» وهو في محلّه.

والظاهر أنّ الدلالة لا تجب عليه إذا لم تكن في يده إلّا إذا كان من باب الاستدعاء للشهادة كأن يقول: مَن كان عنده شهادة فليشهد، أو كان من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كأن يكون مَن حصل المال في يده عالماً بأنّه ليس له

(١) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٣٢.
(٢ و ٤) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٦ س ٦ وص ٢٨٧ س ١٤.
(٣ و ٥ و ٩) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ١٩٦ ـ ١٩٧.
(٦) مسالك الأفهام: في أحكام الجعالة ج ١١ ص ١٦٣.
(٧ و ١٠) كفاية الأحكام: في الجعالة ج ٢ ص ٥١٤.
(٨) تقدّم في ص ٨٧٠.
(١١) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٥٥.

وكذا المتبرّع، سواء عرف بردّ الإباق أو لا، وسواء جعل المالك وقصد العامل التبرّع أو لم يجعل وإن لم يقصد التبرّع.

ويريد أكله وإتلافه، وبدون ذلك لا يجب. ومنه يُعلم حال ما في العبارة وكلام المحقّق الثاني وما تقدّم[١] فيما إذا قال: مَن دلّني.

والجعل بفتح الجيم وإسكان العين الإتيان بصيغة الجعالة.

قوله: ﴿وكذا المتبرّع، سواء عرف بردّ الإباق أو لا، وسواء جعل المالك وقصد العامل التبرّع أو لم يجعل وإن لم يقصد التبرّع﴾ هذا تقدّم الكلام في أوّل الباب[٢] وقلنا: إنّ الشيخين وابن حمزة يقولون بأنّ مَن ردّ العبد أو البعير استحقّ من غير شرط، ويأتي ما له نفع تامّ في ذلك في موضعين[٣]. وقد جعل المصنّف في العبارة المتبرّع على أقسام فلتلحظ. وقد يقال: إنّ في العبارة مناقشة، لأنّ هذا الوصل لا يتّضح اندراجه في قوله «وكذا المتبرّع» لأنّ المتبادر من التبرّع قد يخالف مَن لم يقصد التبرّع إلّا أن يقال: إنّ من لم يقصد واحداً من الأمرين متبرّع فيكون من جملة أفراد المتبرّع، كذا قال في «جامع المقاصد[٤]» وقد يكون أراد بيان أنّه إذا لم يجعل المالك سواء استدعى أم لم يستدع وقصد العامل الأُجرة يكون متبرّعاً حكماً وإن لم يقصد التبرّع، كما يأتي[٥] ذلك في كلام المصنّف على إشكال له فيما إذا استدعى. وعبارة الكتاب عين عبارة «التذكرة[٦]» حرفاً فحرفاً.

---

(١) تقدّم في ص ٨٧٠.

(٢) تقدّم في ص ٨٦٣ ـ ٨٦٤.

(٣) سيأتي في ص ٨٠٤ ـ ٨٠٦ و٨٩٨ ـ ٩٠٠.

(٤) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ١٩٨.

(٥) سيأتي في ص ٩٠٦.

(٦) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٦ س ٢١.

ولو بذل جعلاً غير معيّن كقوله: «مَن ردّ عبدي فله شيء» لزمه أُجرة المثل، إلّا في ردّ الآبق أو البعير، ففي ردّه من المصر دينار، ومن غيرمصره أربعة دنانير، وإن نقصت قيمة العبد أو البعير فإشكال.

[في ما لو بذل جعلاً غير معيّن]

قوله: ﴿ولو بذل جعلاً غيرمعيّن كقوله: «مَن ردّ عبدي فله شيء» لزمه أُجرةالمثل، إلّا في ردّ الآبق أو البعير،ففي ردّه من المصر دينار، ومن غيرمصره أربعة دنانير، وإن نقصت قيمةالعبد أو البعير فإشكال﴾ أمّا أنّه يلزم به أُجرة المثل فيما إذا كان العوض مجهولاً في غير الآبق والبعير فقد حكي عليه الإجماع في «الدروس» قال: فإن كان مجهولاً فأُجرة المثل قولاً واحداً كما تقدّم[1] بيانه.

وأمّا أنّ في ردّ العبد الآبق من المصر الّذي فيه مالكه دينار ومن خارجه أربعة دنانير إذا بذل المالك الجعل ولم يعيّنه فهو قضيّة كلام «المقنعة[2] والنهاية[3] والوسيلة[4]» بالأولويّة. وهو قضيّة المنقول في «المختلف[5]» من كلام القاضي لمن تأمّله غير مستعجل، وهو الّذي فهمه منه في «المختلف» كما ستسمعه، وصريح «السرائر[6] والشرائع[7] والنافع[8] والتذكرة[9] والإرشاد[10] والتبصرة[11]

---

(١) تقدّم تفصيل الكلام في ذلك في ص ٨٧٢ ـ ٨٧٦. (٢) المقنعة: في جعل الآبق ص ٦٤٩.

(٣) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٣ ـ ٣٢٤. (٤) الوسيلة: في بيان اللقطة والضالّة ص ٢٧٧.

(٥) مختلف الشيعة: في الجعالة ج ٦ ص ١١٢.

(٦) السرائر: في أخذ الجعل على الآبق والضوالّ واللقط ج ٢ ص ١٠٩.

(٧) شرائع الإسلام: في أحكام الجعالة ج ٢ ص ١٦٤.

(٨) المختصر النافع: في أحكام اللقطة ص ٢٥٤.

(٩) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٩ س ٢٠.

(١٠) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣٠. (١١) تبصرة المتعلّمين: في الجعالة ص ١٠١.

والمختلف[١] والمقتصر[٢] وجامع المقاصد[٣]». وهو خيرة «الدروس» لأنّه قال: إذا لم يذكر عوضاً وأمر بالردّ فالأولى العمل بالمقدّر في الرواية[٤]. فبالأولى بأن يعمل بالمقدّر فيها إذا أمر وذكر العوض مبهماً. وهو المشهور كما في «النافع[٥] والمختلف[٦] والمسالك[٧] والروضة[٨] ومجمع البرهان[٩] والكفاية[١٠] والمفاتيح[١١]». وفي «الرياض» أنّ الشهرة بها عظيمة قديمة ومتأخّرة[١٢].

وفي «المهذّب البارع[١٣] والمقتصر[١٤]» أنّ الرواية ضعيفة لكنّها تأيّدت بعمل الأصحاب وشهرتها في كتبهم حتّى صار العمل بها وبما ألحق بها قريباً من الإجماع. واختصّ الأخير بالأخيرة. وفي «المختلف» أنّه قول من عدا الشيخين، وظاهره الإجماع من غيرهما، قال: وقول الباقي يدلّ على عدم الاستحقاق إلّا أن يجعل جعلاً مطلقاً[١٥]. والقاضي من الباقي. وفي «الشرائع» أنّ العمل على الرواية[١٦].

(١) مختلف الشيعة: في الجعالة ج ٦ ص ١١١ ـ ١١٣.
(٢) المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٧.
(٣) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ١٩٨.
(٤) الدروس الشرعية: في الجعالة ج ٣ ص ٩٧.
(٥) المختصر النافع: في أحكام اللقطة ص ٢٥٤ ـ ٢٥٥.
(٦) مختلف الشيعة: في الجعالة ج ٦ ص ١١٣.
(٧) مسالك الأفهام: في أحكام الجعالة ج ١١ ص ١٦٤.
(٨) الروضة البهية: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٨.
(٩) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٥٦.
(١٠) كفاية الأحكام: في الجعالة ج ٢ ص ٥١٥.
(١١) مفاتيح الشرائع: في حكم ما لو أبهم العوض ج ٣ ص ١١٦ ـ ١١٧.
(١٢) رياض المسائل: في أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٤٣٠.
(١٣) المهذّب البارع: في اللقطة الجعالة ج ٤ ص ٣٢١.
(١٤) المقتصر: في اللقطة ص ٣٥٧.
(١٥) مختلف الشيعة: في الجعالة ج ٦ ص ١١٣، ولكن بعد نقل كلام الشيخين قال: وكذا قال ابن حمزة.
(١٦) شرائع الإسلام: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ١٦٤.

وهذا يشعر بالإجماع. وفي «غاية المرام» نسبته إلى المتأخّرين كافّة[١]. وقد عمل بها ابن إدريس الّذي لا يعمل إلّا بالقطعيّات، وجعل ذلك عرفاً للشرع، وأشار في أثناء كلامه إلى أنّه مقطوع به موظّف من الشارع[٢]. وقال في «الخلاف»: إنّ أصحابنا رووا أنّه إن ردّ العبد الآبق من خارج البلد استحقّ الأُجرة أربعين درهماً، وإن كان من البلد فعشرة دراهم. وقال: دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم كما تقدّم[٣] نقل كلامه برمّته في أوّل الباب. وقال في «المقنعة[٤]»: بذلك ثبتت السنّة عن النبيّ صلى الله عليه وآله. فأتى بلفظ «ثبتت» دون وردت. وقال في «المبسوط[٥]»: قد روى أصحابنا فيمن ردّ عبداً أربعين درهماً قيمتها أربعة دنانير. وهذه الأخبار المرسلة في «المقنعة والخلاف والمبسوط» مرسلة في «السرائر» أيضاً، وقال: إنّ ذلك موظّف من الشرع. وقال أيضاً: الأخبار وردت في العبد[٦]. وهو يدلّ على أنّ هناك أخباراً، وهي خبر مسمع عن الصادق عليه السلام أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله جعل في الآبق ديناراً إذا وجد في مصره وفي غير مصره أربعة دنانير[٧]. لأنّ الخبر لم يذكر فيه سوى الدينار والأربعة دنانير، والأخبار المرسلة في الكتب الأربعة قد ذكر فيها الأربعون درهماً والعشرة دراهم فكانت غيرها، وإرسالها ينجبر بالشهرة مع تعاضدها وثبوتها والقطع بها عند المفيد وابن إدريس على الظاهر منهما، وما يحكيه الفقيه كما يرويه فكانت حجّة أُخرى.

والمخالف في ذلك الشيخ في «المبسوط[٨] وكاشف الرموز[٩]» فقالا: إنّه

---

(١) غاية المرام: في الجعالة ج ٣ ص ٤٥٤.

(٢ و٦) السرائر: في أخذ الجعل على الآبق والضوالّ واللقط ج ٢ ص ١٠٩ ـ ١١٠.

(٣) تقدّم في ص ٨٦٢.

(٤) المقنعة: في جعل الآبق ص ٦٤٩.

(٥ و٨) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٣٣ و٣٣٤.

(٧) تهذيب الأحكام: ب ٩٤ في اللقطة والضالّة ج ٦ ص ٣٩٨ ح ٤٣.

(٩) كشف الرموز: في اللقطة ج ٢ ص ٤١٥ ـ ٤١٦.

يستحقّ أُجرة المثل. وقال في «المبسوط»: لأنّ العقد فاسد. وبه قال أو إليه مال في «الروضة[١]» لكن المصنّف في «المختلف» فيما يأتي[٢] احتمل من كلام المبسوط الموافقة للمشهور واحتمل من أُجرة المثل ما قرّره الشارع، وهو بعيد. والمقداد[٣] قال: لا يستحقّ شيئاً إلّا بجعل صاحبه. ونسبه إلى المبسوط والسرائر. وفي «المسالك[٤]» أنّ الأصحّ الإعراض عن هذا الحكم أصلاً، لضعف السند واختلاف الأصحاب في الحكم على وجهٍ لا يجبر ضعفه على قواعدهم. واستوجهه صاحب «الكفاية[٥]». قلت: من قواعدهم أنّ الشهرة تجبر الضعف، وهي معلومة ومنقولة منهما ومن غيرهما معتضدة بما يظهر من جماعة من دعوى الإجماع. ومولانا الأردبيلي[٦] لم يبارح خطّة التأمّل في المقام. والمصنّف في «التحرير[٧]» استحسن حمل الشيخ رواية مسمع على الأفضل فيما إذا بذل جعلاً غير معيّن.

وكلّ ذلك في غير محلّه، وقد نشأ من ضعف التتبّع وقلّة التأمّل في كلام الأصحاب. ويرشد إلى ذلك ما وقع لهم من الغلط في النقل، فكاشف الرموز حكى عن المبسوط وابن إدريس أنّه لا يستحقّ شيئاً إلّا بجعل صاحبه، ثمّ قال: والأشبه أنّه يستحقّ أُجرة المثل، لأنّه أقرب إلى العدل[٨]. وهو غلط قطعاً، لأنّهما إنّما ذكرا ذلك فيما إذا جاء بالعبد الآبق والضالّة واللقطة من غير جعل أصلاً معرّضين بالمفيد

---

(١) الروضة البهية: في الجعالة ج ٤ ص ٤٥٠.

(٢) سيأتي في ص ٩٠٥.

(٣) التنقيح الرائع: في اللقطة ج ٤ ص ١٢٨.

(٤) مسالك الأفهام: في أحكام الجعالة ج ١١ ص ١٦٥.

(٥) كفاية الأحكام: في الجعالة ج ٢ ص ٥١٥.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٥٥ ـ ١٥٦.

(٧) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٣.

(٨) كشف الرموز: في اللقطة ج ٢ ص ٤١٦.

في المقنعة أو منزّلين كلامه على ما إذا بذل جعلاً غير معيّن. واحتمال أن يكون أراد بجعل صاحبه فيما حكاه عنهما ما إذا بذل جعلاً غير معيّن أو معيّناً يدفعه قوله: «والأشبه ... إلى آخره» لأنّ الشيخ يذهب فيما إذا كان غير معيّن إلى اُجرة المثل وابن إدريس إلى الدينار والأربعة فلم يتّفقا أيضاً على قولٍ واحد، فيتعيّن أنّه أراد بجعل صاحبه الجعل المعيّن، وهو غلط. ومنه يظهر لك غلط الفاضل المقداد. وشيخنا صاحب «الرياض[١]» حكى عن الدروس أنّه نسب العمل بالمقدّر في الرواية إلى المتأخّرين، والمنسوب فيه إلى المتأخّرين أنّه لا شيء للعامل إذا أتى بالعبد ابتداءً من دون جعل أصلاً، فالنسبة إليه وهمٌ قطعاً. وقد تضمّنت جملة من عباراتهم تقدير الدينار بعشرة دراهم «كالمقنعة[٢] والنهاية[٣] والخلاف[٤] والمبسوط[٥] والسرائر[٦] والتذكرة[٧] والإرشاد[٨] وجامع المقاصد[٩]». والمقدّس الأردبيلي لمّا لم ير سوى عبارة الإرشاد والتذكرة قال: لا وجه لتقريره بذلك، لأنّه غير موجود في الرواية، وما رأيته في موضع آخر سوى المتن والتذكرة[١٠]. وقد عرفت[١١] أنّ بذلك أخباراً مرسلة وإجماعاً منقولاً في «الخلاف» فتأمّل فضلاً عن إطباقهم[١٢] على

(١) رياض المسائل: في أحكام اللقطة ج ١٢ ص ٤٣٠.
(٢) المقنعة: في جعل الآبق ص ٦٤٩.
(٣) النهاية: في اللقطة والضالّة ص ٣٢٣.
(٤) الخلاف: في حكم ردّ العبد الآبق ج ٣ ص ٥٨٩ مسألة ١٧.
(٥) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٣٣.
(٦) السرائر: في أخذ الجعل على الآبق والضوالّ واللقطة ج ٢ ص ١٠٩.
(٧) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٩ س ١٩ ـ ٢٤.
(٨) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣٠.
(٩) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ١٩٨.
(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٥٥ ـ ١٥٦.
(١١) تقدّم في ٨٩٣.
(١٢) منهم الشيخ المفيد في المقنعة: في القضاء في الديات والقصاص ص ٧٣٥، والمحقّق في ←

تقديره بذلك في باب الديات.

ولا فرق في العبد بين الصغير والكبير والمسلم والكافر والصحيح والمعيب. ولا يتعدّى إلى الأمة كما نصّ عليه في «السرائر[١]» وغيرها[٢]، قال في «السرائر». لأنّ الأخبار وردت في العبد، والأُنثى يقال لها: عبدة وأمة.

وأمّا البعير فقد سمعت ما في «المقتصر[٣]» من أنّ إلحاقه بالآبق قريب من الإجماع. ونسبه في «المهذّب[٤]» إلى كثير ممّن تأخّر عن عصر الشيخين. وفي «جامع المقاصد[٥]» إلى الأصحاب. وفي «المختلف[٦] ومجمع البرهان[٧]» أنّه المشهور. ودليله الأخبار المرسلة الموظّفة من الشرع كما في «السرائر[٨]» مع أنّه لا يعمل إلّا أن يكون قاطعاً. والأخبار المرسلة في «المقنعة[٩]» الثابتة عنده فضلاً عن النهاية الّتي هي متون الأخبار كما صرّح به في خطبة «المبسوط[١٠]» ويجبر الإرسال الشهرة المحكية، مضافاً إلى ما في «المقتصر» ولا أقلّ من أن يفيدنا شهرة، مضافاً إلى ثبوت ذلك عند المفيد وابن إدريس والقطع بها عندهما على الظاهر منهما.

ولا يصدّنا بعد هذا كلّه قول المحقّق في «الشرائع[١١]» والمصنّف في

← شرائع الإسلام: في مقادير الديات ج ٤ ص ٢٤٥، والشهيد الثاني في المسالك: في مقادير الديات ج ١٥ ص ٣١٦.

(١) السرائر: في أخذ الجعل على الآبق والضوالّ واللقطة ج ٢ ص ١١٠.

(٢) كالشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في أحكام الجعالة ج ١١ ص ١٦٥.

(٣) تقدّم في ص ٨٩٢.

(٤) المهذّب البارع: في اللقطة ـ الجعالة ـ ج ٤ ص ٣٢١.

(٥) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ١٩٨.

(٦) مختلف الشيعة: في الجعالة ج ٦ ص ١١٣.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٥٦.

(٨ و ٩) تقدّما في ٨٩٣.

(١٠) المبسوط: مقدّمة المؤلف ج ١ ص ٢.

(١١) شرائع الإسلام: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ١٦٤.

«التذكرة[١]» وغيرهما[٢] بعدم الظفر بالدليل على ذلك مع أنّ المصنّف حكم به هنا وفي «الإرشاد[٣] والتبصرة[٤]» ومال إليه أو توقّف في «المختلف[٥]».

ولا يفرق في البعير بين الصغير والكبير والذكر والأُنثى، لأنّه بمنزلة الإنسان كما في «السرائر[٦]» وغيرها[٧].

وأمّا الإشكال فيما إذا قصرت قيمتها عن الدينار والأربعة فيدفعه إطلاق خبر مسمع والأخبار المرسلة في الكتب الأربعة وإجماع «الخلاف» في العبد وإطلاق الأخبار المرسلة في الكتابين في البعير وإطلاق الفتاوى والشهرات فيهما فإنّ ذلك يقضي بعدم الفرق في وجوب المقدّر بين نقصانه عن قيمتهما وعدمه، كما هو خيرة «الشرائع[٨] والإرشاد[٩]» وكذا «التحرير[١٠]» وهو قضيّة كلام «السرائر[١١]» أو صريحها ذكره في أثناء كلامٍ له.

وعن الصيمري[١٢] أنّ الإطلاق هو المشهور إلّا أن تقول: إنّ الإطلاق ينصرف إلى الغالب لا النادر، مضافاً إلى عدم الفائدة للمالك.

وفيه: أنّ ذلك حقّ بالنسبة إلى إطلاق الأخبار لا الفتاوى، لأنّها قيود حتّى أنّ

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام الجعالة ج ٢ ص ٢٨٩ س ٢٣.
(٢) كما في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٥٦.
(٣) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣٠.
(٤) تبصرة المتعلّمين: في الجعالة ص ١٠١.
(٥) مختلف الشيعة: في الجعالة ج ٦ ص ١١٣.
(٦ و ١١) السرائر: في أخذ الجعل على الآبق والضوالّ واللقطة ... ج ٢ ص ١١٠ و ١٠٩.
(٧) كمسالك الأفهام: في أحكام الجعالة ج ١١ ص ١٦٥ ـ ١٦٦.
(٨) شرائع الإسلام: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ١٦٤.
(٩) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣٠.
(١٠) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٣.
(١٢) غاية المرام: في الجعالة ج ٣ ص ٤٥٤.

ولو استدعى الردّ ولم يبذل أُجرة فالرادّ متبرّع

مفهوم اللقب فيها معتبر فتدبّر. فيمكن جعل الشهرة المحكية قرينة على إرادة الفرد النادر. وفيه نظر بل قد نمنع أنّ ذلك نادر، إذ كانا يشملان الصغير والكبير والصحيح والمعيب. والفائدة في العبد ظاهرة، لأنّ فيه صيانة له عن الرجوع إلى الكفّار والردّ إلى دينهم وتقويتهم به، ويأتي الأخير في البعير. سلّمنا أنّ هذا الفرد خارج عن إطلاق النصّ فتجب حينئذٍ أُجرة المثل، لأنّه عملٌ محترم له عوض ولم يعيّنه المالك، لكنّه يشكل لو زادت أُجرة المثل على المقدّر شرعاً فينبغي أن يكون محلّ التخصيص ما إذا زاد المقدّر عن أُجرة المثل، وإلّا وجب المقدّر لانتفاء المنافي حينئذٍ. ولعلّه لذلك اختير في «الإيضاح» أنّ الواجب أقلّ الأمرين من أُجرة المثل والمقدّر شرعاً[1]. وفي «الروضة» أنّه يثبت أقلّ الأمرين من قيمته والمقدّر شرعاً[2].

[فيما استدعى الردّ ولم يعيّن عوضاً]

قوله: ﴿ولو استدعى الردّ ولم يبذل أُجرة فالرادّ متبرّع﴾ أي لا شيء له كما هو خيرة «الشرائع[3] والإرشاد[4] والتحرير[5]» وكذا «مجمع البرهان[6]» وهو قضيّة كلام «اللمعة[7]» لعدم التزامه بالأُجرة، والأصل براءة ذمّته منها، وطلبه أعمّ من كونه بأُجرة ومجّاناً، فلا يجب عليه شيء، لأنّ العامل حينئذٍ متبرّع حيث أقدم من غير بذل. ويشهد له ما قاله في «التذكرة[8]» لمن قال: أعط فلاناً ألفاً، ففعل من أنّه

(١) إيضاح الفوائد: في الجعالة ج ٢ ص ١٦٤. (٢) الروضة البهية: في الجعالة ج ٤ ص ٤٥٠.
(٣) شرائع الإسلام: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ١٦٤.
(٤) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣٠. (٥) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٣.
(٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٥٦ ـ ١٥٧.
(٧) اللمعة الدمشقية: في الجعالة ص ١٧٤.
(٨) تذكرة الفقهاء: في أحكام الضمان ج ٢ ص ٩١ س ٥، وفي أحكام الكفالة ص ١٠٣ س ٣٦.

لا يرجع. وكذا لو قال: أعتق أو ألق متاعك حتّى يقول عنّي في الأوّلين وعليّ ضمانه في الثالث.

واختير في «التذكرة[١] والمسالك[٢] والكفاية[٣]» وكذا «الإيضاح[٤] والكتاب» لمكان مفهوم الشرط الآتي أنّ عليه الجعل، لأنّه عمل بالأمر، والفرض أنّ لمثله أُجرة كما ذكروا[٥] ذلك فيمن أمر غيره بعملٍ له أُجرة، فتجب الأُجرة ما لم يصرّح بالتبرّع أو يقصده العامل، وهذا يقضي بالفرق بين قوله: ردّ عبدي، وقوله: مَن يردّ عبدي، وقالوا[٦] فيمن أمر غيره بالشراء وأداء ثمنه: أنّه يلزمه العوض. وقالوا[٧] فيمن ضمن بسؤاله وأدّى: إنّه يرجع، وقد حُكي[٨] عليه الإجماع في سبعة كتب صريحاً وظاهراً وورد به خبران[٩] وما اختلف فيه اثنان.

وقوّى في «جامع المقاصد[١٠]» فيما نحن فيه أنّه إن دلّت العادة على الأُجرة في مثل هذا الفعل حمل الإطلاق عليه وإلّا فلا. وتمام الكلام في باب الضمان. وفي

---

(١) المصدر السابق: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٦ س ١٨.
(٢) مسالك الأفهام: في أحكام الجعالة ج ١١ ص ١٦٦.
(٣) كفاية الأحكام: في الجعالة ج ٢ ص ٥١٥. (٤) إيضاح الفوائد: في الجعالة ج ٢ ص ١٦٤.
(٥) منهم المحقّق في الشرائع: في أحكام الإجارة ج ٢ ص ١٨٨، والشهيد الثاني في المسالك: في أحكام الإجارة ج ٥ ص ٢٢٩، والشيخ حسين البحراني عيون الحقائق الناظرة: في الجعالة ج ٢ ص ١٢٧.
(٦) كما في مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٥٧.
(٧) منهم العلّامة في تذكرة الفقهاء: في الضمان ج ٢ ص ٩٤ س ١٦، والمحقّق في جامع المقاصد: في الضمان ج ٥ ص ٣٣٠، والمحدّث البحراني في الحدائق الناضرة: في رجوع الضامن إلى المضمون عنه ... ج ٢١ ص ٢١.
(٨) منها السرائر: في الضمان ج ٢ ص ٧١، والتذكرة: في الحوالة ج ٢ ص ١١٢، والمسالك: في أحكام الضامن ج ٤ ص ١٨٩، ومجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الضمان ج ٩ ص ٢٩١، والكفاية: في الضمان ج ١ ص ٥٩٤.
(٩) الوسائل: ب ١ من أبواب أحكام الضمان ح ١ ج ١٣ ص ١٤٩، وب ٦ منها ح ١ ص ١٥٣.
(١٠) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ١٩٩.

على إشكال، أقربه ذلك إن استدعى مجّاناً.
ولو جعل لفعلٍ فصدر عن جماعة تشاركوا فيه،

«الدروس[١]» أنّ الأولى العمل بالمقدّر في الرواية. وما ندري ماذا يقول في غير العبد؟ ولعلّه يقول بأُجرة المثل، وقد تسالموا جميعاً على خلاف «المقنعة والنهاية والوسيلة» كما مرّ[٢].

قوله: ﴿على إشكال، أقربه ذلك إن استدعى مجّاناً﴾ قد ظهر من الاستدلال للأقوال وجها الإشكال. وإنّما هو فيما إذا استدعى الردّ ولم يشترط أُجرة ولا عدمها، فالاستدعاء مجّاناً خارج عن محلّ النزاع لكن مفهوم الشرط يدلّ على الاستحقاق في محلّ النزاع كما نبّهنا عليه آنفاً.

[في ما لو صدر العمل عن جماعة]

قوله: ﴿ولو جعل لفعلٍ فصدر عن جماعة تشاركوا فيه﴾ كأن قال: مَن ردّ عبدي فله كذا، فإن ردّه واحد كان له الجعل، فإن ردّه اثنان كان بينهما، فإن ردّه جماعة كان بينهم بالسوية إن تساووا وقلنا: إنّ الردّ لا يقبل الاختلاف كما سيأتي[٣] لصدق لفظة «مَن» على كلّ واحدة من هذه المراتب. وبه صرّح في «المبسوط[٤] والشرائع[٥] والتذكرة[٦] والتحرير[٧] والإرشاد[٨] والتبصرة[٩] واللمعة[١٠]

---

(١) الدروس الشرعية: في الجعالة ج ٣ ص ٩٧.
(٢) تقدّم في ص ٨٦١ وقد ذكر هناك عين كلامهم، فراجع.
(٣) سيأتي في الصفحة الآتية وص ٩٠٦.
(٤) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٣٣.
(٥) شرائع الإسلام: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ١٦٥.
(٦) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٨ س ١٠.
(٧) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٢.
(٨) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣١.
(٩) تبصرة المتعلّمين: في الجعالة ص ١٠٢.
(١٠) اللمعة الدمشقية: في مسائل الجعالة ص ١٧٤.

ولو صدر عن كلٍّ منهم فعلٌ تامٌ فلكلٍّ جعل كامل.

وجامع المقاصد[1] والروضة[2] ومجمع البرهان[3] والكفاية[4]». ونظير الردّ: من نقب هذا السُور فله كذا فنقبه ثلاثة نقباً واحداً. ولو قال لجماعة: إن رددتم عبدي فلكم كذا فردّوه فالجعل بينهم يوزّع على قدر العمل أو على الرؤوس إن كان لا يقبل الاختلاف.

[فيما لو صدر عن كلّ واحدٍ عمل تامّ]

قوله: ﴿ولو صدر عن كلٍّ منهم فعلٌ تامٌ فلكلٍّ جعل كامل﴾ كما في «المبسوط[5] والسرائر[6] والشرائع[7] والتذكرة[8] والتحرير[9] والإرشاد[10] والتبصرة[11] والمسالك[12] والروضة[13] ومجمع البرهان[14] والكفاية[15]» وفي «المختلف[16]» أنّه المشهور كأن قال: مَن دخل الدار فله دينار فدخلها جماعة استحقّ كلّ واحدٍ منهم ديناراً، لأنّ كلّ واحدٍ منهم قد صدر عنه دخول كامل كدخول المنفرد. والفرق بينه وبين الأوّل واضح، لأنّ الجعل في الأوّل لمن صدر عنه الردّ مستقلّاً منفرداً واحداً كان أو متعدّداً، إذ الردّ لا يتعدّد والّذي صدر عنه الردّ بالاستقلال إنّما هو الجماعة

---

(١) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ١٩٩.
(٢ و١٣) الروضة البهية: في الجعالة ج ٤ ص ٤٥٠.
(٣ و١٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٥٧ ـ ١٥٨.
(٤ و١٥) كفاية الأحكام: في الجعالة ج ٢ ص ٥١٥.
(٥) المبسوط: في من ضاع له ضالّة يجوز له ... ج ٣ ص ٣٣٣ ـ ٣٣٤.
(٦) السرائر: في أخذ الجعل على الآبق والضوالّ واللقطة ج ٢ ص ١١١.
(٧) شرائع الإسلام: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ١٦٥.
(٨) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٨ س ١٨.
(٩) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٢. (١٠) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣١.
(١١) تبصرة المتعلّمين: في الجعالة ص ١٠٢.
(١٢) مسالك الأفهام: في أحكام الجعالة ج ١١ ص ١٦٧.
(١٦) مختلف الشيعة: في الجعالة ج ٦ ص ١١٥.

ولو جعل لكلٍّ من الثلاثة على الردّ جعلاً متفاوتاً فمن جاء به منهم فله ما عيّنه له، ولو جاء به اثنان فلكلٍّ نصف جعله، ولو جاء به الثلاثة فلكلٍّ ثلث جعله.

ولم يصدر عن فردٍ واحدٍ منهم، ولا كذلك دخول الدار لكن لابدّ من غاية معتدّ بها في الجعل على دخول الدار، وإلّا لم يصحّ. ونظيره: مَن ردّ عبداً من عبيدي فله دينار، فردّ كلّ واحدٍ عبداً. هذا إذا كان الجعل أمراً كلّياً، فلو تشخّص مثل أن قال: مَن دخل داري فله هذا العبد فدخل جماعة اشتركوا فيه إذا دخلوا دفعةً وينفرد به الأوّل فقط مع الترتيب، لأنّه أخذه بفعله الدخول ولا جعل للثاني. وأمّا فيما عدا المثال فلا فرق بين أن يدخلوا دفعةً أو متعاقبين.

واحتمل في «المختلف[1]» التساوي في مسألة الكتاب فيستحقّ الداخلون كلّهم ديناراً واحداً، لأنّه المبذول، والعموم يقتضي التشريك لا الزيادة على المبذول.

[فيما لو جعل لكلّ من الثلاثة عوضاً]

قوله: ﴿ولو جعل لكلّ من الثلاثة على الردّ جعلاً متفاوتاً، فمن جاء به منهم فله ما عيّنه له، ولو جاء به اثنان فلكلٍّ نصف جعله، ولو جاء به الثلاثة فلكلٍّ ثلث جعله﴾ كما في «المبسوط[2] والوسيلة[3] والشرائع[4] والتذكرة[5] والتحرير[6] والإرشاد[7] واللمعة[8] والمسالك[9] والروضة[10] ومجمع

---

(١) مختلف الشيعة: في الجعالة ج٦ ص١١٥.
(٢) المبسوط: في اللقطة ج٣ ص٣٣٣.
(٣) الوسيلة: في بيان الجعالة ص٢٧٢.
(٤) شرائع الإسلام: في أحكام الجعالة ج٢ ص١٦٥.
(٥) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٨ س ١١ ـ ١٢.
(٦) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص٤٤٢.
(٧) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج١ ص٤٣١.
(٨) اللمعة الدمشقية: في مسائل الجعالة ص ١٧٤.
(٩) مسالك الأفهام: في أحكام الجعالة ج ١١ ص١٦٨.
(١٠) الروضة البهية: في الجعالة ج٤ ص ٤٥٠.

البرهان[1] والكفاية[2]» وهذا إذا كان الفعل لا يقبل الاختلاف كردّ الآبق إن قلنا إنّه لايقبل الاختلاف، والظاهر أنّه مختلف الأحوال، فتارةً يختلف وتارةً لايختلف، ولهذا اختلفت كلماتهم فيه فتأمّل، كما إذا قال لواحد: إن رددت عبدي فلك عشرة، وقال لآخر: إن رددته فلك عشرون، وقال لآخر: إن رددته فلك ثلاثون، فكلّ مَن ردّه منهم فله جعله خاصّة، ولو ردّه اثنان كان لكلّ واحدٍ منهما نصف ما جعله له، ولو ردّه الثلاثة كان لكلّ واحدٍ ثلث ما جعله له إذا عمل كلّ واحدٍ من الثلاثة لنفسه.

أمّا لو قال أحدهم: أعنت صاحبي فلا شيء له ولكلّ واحدٍ منهما نصف ما شرط. ولو قال اثنان: عملنا لإعانة صاحبنا فلا شيء لهما وله جميع ما شرط له. ولو أعانهم رابع في الردّ فلا شيء له. ثمّ إن قال: قصدت العمل للمالك فلكلّ واحدٍ من الثلاثة ربع ما جعل له، وسينبّه المصنّف على بعض ذلك، وستسمع[3] ما في «التحرير» وغيره.

وإن كان الفعل يقبل الاختلاف كخياطة الثوب فخاطه ثلاثة فلكلّ واحدٍ منهم بنسبة ما عمل إلى مجموع العمل ممّا عيّن له، وكذلك الحال لو كانت أُجرتهم متّفقة متساوية كما في «المبسوط[4] والشرائع[5] والتحرير[6] والإرشاد[7] ومجمع البرهان[8]» سواء كان معيّناً للكلّ أو غير معيّن لهم. فيكون المدار على أُجرة المثل كما يأتي في كلام المصنّف أو معيّناً لبعض دون آخر، فيكون له أُجرة المثل بالنسبة إلى عمله وهو ثلثها، وللمعيّن له ثلث جعله الّذي عيّن له.

(١ و٨) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٥٨.
(٢) كفاية الأحكام: في الجعالة ج ٢ ص ٥١٥.
(٣) سيأتي في ص ٩٠٤ ـ ٩٠٥.
(٤) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٣٤.
(٥) شرائع الإسلام: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ١٦٥.
(٦) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٢.
(٧) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣١.

وكذا لو عيّن لأحدهم وجهل لغيره فللمعيّن بنسبة عمله من المسمّى، وللآخر بنسبة عمله من أُجرة المثل.

ولو عيّن لواحدٍ فتبرّع آخر معه فللمعيّن النصف ولاشيء للمتبرّع،

قوله: ﴿وكذا لو عيّن لأحدهم وجهل لغيره فللمعيّن بنسبة عمله من المسمّى، وللآخر بنسبة عمله من أُجرة المثل﴾ كما في «المبسوط[1] والشرائع[2] والتذكرة[3] والتحرير[4] والإرشاد[5] واللمعة[6] والروضة[7]» وحكمه واضح، وقد أدرجناه فيما سبق. ولو كان العمل يختلف باختلاف الأشخاص فلمن لم يعيّن له بنسبة عمله من أُجرة المثل سواء زاد عن الثلث أم نقص.

قوله: ﴿ولو عيّن لواحدٍ فتبرّع آخر معه فللمعيّن النصف ولا شيء للمتبرّع﴾ كما في «الشرائع[8] والتذكرة[9] والإرشاد[10] والمختلف[11]» إذا قصد المتبرّع العمل لنفسه أو للمالك كما في «التذكرة والكتاب» فيما يأتي[12] و«المسالك[13] ومجمع البرهان[14]» وكذا «التحرير[15]». وفي «الدروس[16]» ما قابل عمله. وفي

---

(١) المبسوط: في من ضاع له ضالّة يجوز له ... ج ٣ ص ٣٣٤.

(٢ و٨) شرائع الإسلام: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ١٦٥.

(٣ و٩) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٨ س ١٦ ـ ١٧ وص ٢٨٧ س ٤٣.

(٤ و١٥) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٢.

(٥ و١٠) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣١.

(٦) اللمعة الدمشقية: في مسائل الجعالة ص ١٧٤.

(٧) الروضة البهية: في الجعالة ج ٤ ص ٤٥٠ ـ ٤٥١.

(١١) مختلف الشيعة: في الجعالة ج ٦ ص ١١٤.

(١٢) سيأتي في الصفحة الآتية.

(١٣) مسالك الأفهام: في أحكام الجعالة ج ١١ ص ١٦٩ ـ ١٧٠.

(١٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٥٩.

(١٦) الدروس الشرعية: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ٩٩.

الكتب الستّة[1]: أنّه لو قصد مساعدة العامل فالجميع للعامل. قلت: هذا يتمّ إذا لم يكن شرط عليه العمل بنفسه. واحتمل في «التحرير[2]» أنّ له النصف أيضاً هنا.

وحكى في «الدروس[3] والمسالك[4]» عن المصنّف قولاً باستحقاق العامل الجميع حيث يشاركه الأجنبي لا بنيّة مساعدته، ولم نجده له.

هذا وقد يقال[5]: إنّه حيث يشاركه الأجنبي لا بنيّة مساعدته لا يستحقّ العامل شيئاً، لأن كان أربط بقواعد الجعالة، لأنّ العامل لا يستحقّ إلّا بتمام العمل ولم يحصل مع المساعدة، فتأمّل.

وقال في «المبسوط»: إنّه ـ أي المتبرّع ـ يستحقّ نصف اُجرة المثل[6]. وفي «الشرائع» أنّه بعيد[7] وفي «المسالك» أنّ ضعفه واضح، لأنّه لو استقلّ بالفعل لم يستحقّ شيئاً إجماعاً لتبرّعه بالعمل فكيف يستحقّ مع المشاركة[8]؟ قلت: الشيخ في «المبسوط» قال ما نصّه: إنّه لا يستحقّ شيئاً، وعلى ما قلناه يستحقّ نصف اُجرة المثل، انتهى. واحتمل في «المختلف» حمل قوله «على ما قلناه ... إلى آخره» على أنّ مَن ردّ العبد فله ما عيّن، وجعل ذلك عامّاً مع الجعالة والإطلاق، وجعل اُجرة المثل ما قرّره الشارع[9]. وهذا هو ما أشرنا إليه فيما سلف[10] من أنّ الشيخ ليس مخالفاً للمشهور الّذين عملوا بخبر مسمع.

---

(١) ما نسبه الشارح إلى الكتب الستّة موجود فيها إلّا الدروس فلم نجده فيه، فراجع الكتب المذكورة.

(٢) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٢.

(٣) الدروس الشرعية: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ٩٩.

(٤ و٨) مسالك الأفهام: في أحكام الجعالة ج ١١ ص ١٧٠.

(٥) القائل هو الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: في أحكام الجعالة ج ١١ ص ١٧٠.

(٦) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٣٤.

(٧) شرائع الإسلام: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ١٦٥.

(٩) مختلف الشيعة: في الجعالة ج ٦ ص ١١٤.

(١٠) تقدّم ذلك في ص ٨٩٤ وتقدّم ذكر خبر مسمع في ص ٨٩٣.

ولو قصد الثاني إعانة العامل فللعامل الجميع، ولو قصد أُجرةً لنفسه فهو متبرّع. ولو جعل للردّ من مسافة فردّ من بعضها فله من الجعل بنسبة المسافة،

قوله: ﴿ولو قصد الثاني إعانة العامل فللعامل الجميع، ولو قصد أُجرةً لنفسه فهو متبرّع﴾ قد تقدّم الكلام فيهما.

قوله: ﴿ولو جعل للردّ من مسافة فردّ من بعضها فله من الجعل بنسبة المسافة﴾ كما في «الشرائع[1] والإرشاد[2] والدروس[3]» وهو معنى ما في «المبسوط[4] والوسيلة[5] والتذكرة[6]» من قولهم «فإن ردّه من نصف الطريق فله نصف الجعل» وهكذا. وفي «المسالك[7]» نسبته إلى الأصحاب وغيرهم من غير نقل خلاف. والوجه نسبة أُجرة ما عمل إلى الأُجرة أجمع لا باعتبار المسافة خاصّة كما في «المختلف[8]». وكيف كان، فلا يخلو من نظر على قاعدة الجعالة كما في «المسالك[9] ومجمع البرهان[10]». قلت: لأنّه ما فعل ما ضرب الجعل عليه، لأنّه إنّما ضربه على الردّ من بغداد مثلاً ولا يلزم منه ضرب جزئه لبعض الطريق، وقد يكون الغرض متعلّقاً بردّه من بغداد. وكما لا يستحقّ أُجرة لما زاد عن بغداد كما يأتي لا يستحقّ لما نقص، إلّا أن يكون هناك قرينة دالّة على أنّ المطلوب الردّ مع الأُجرة، وإنّما المعيّن للبُعد

---

(١) شرائع الإسلام: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ١٦٥.
(٢) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣١.
(٣) الدروس الشرعية: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ٩٩.
(٤) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٣٤. (٥) الوسيلة: في بيان الجعالة ص ٢٧٢.
(٦) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٧ س ٣٢ ـ ٣٤.
(٧ و ٩) مسالك الأفهام: في أحكام الجعالة ج ١١ ص ١٧٠.
(٨) مختلف الشيعة: في الجعالة ج ٦ ص ١١٥.
(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٥٩.

ولو ردّ من أبعد لم يستحقّ أزيد، بل المسمّى إن دخل الأقلّ دون ضدّ الجهة على الأقوى، ولو لم يجده في المعيّن فإشكال.

لا غير، فيستحقّ تمام الأُجرة في الأبعد وبالنسبة فيما دون كما في «مجمع البرهان[1]».

قوله: ﴿ولو ردّه[2] من أبعد لم يستحقّ أزيد﴾ كما في «التذكرة[3] والتحرير[4] والمسالك[5] ومجمع البرهان[6]» لأنّ المالك لم يلتزمه فكان متبرّعاً.

قوله: ﴿بل المسمّى إن دخل الأقلّ دون ضدّ الجهة على الأقوى﴾ كما في «التذكرة[7] والإيضاح[8] وجامع المقاصد[9]» وإن كان أبعد، لأنّ المراد بضدّ الجهة ما لم يدخل فيه المعيّن، لأنّه لم يجعل في ردّه من غيره شيئاً فلا شيء له، فكان كما لو جعل على ردّ شيء فردّ غيره، بل قد نقول فيما إذا دخل الأقلّ أن لا شيء له كما تقدّم من (مع ـ خ ل) أنّ الغرض قد يكون متعلّقاً بردّه من خصوص بغداد، ومع القرينة يتمّ في مسألة الضدّ أيضاً. وأمّا غير الأقوى فهو احتمال وجوب أُجرة المثل لمكان الأمر بالردّ. وضعف بأنّ الأمر كذلك لا يقتضي كون الردّ من ضدّ الجهة مأذوناً فيه.

قوله: ﴿ولو لم يجده في المعيّن فإشكال﴾ أقواه وأصحّه أن لا شيء له

(١ و٦) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٦٠ و١٥٩.

(٢) لا يخفى أنه لو أظهرنا المفعول بالضمير كما في متن الشرح لكان حرف «من» مفتوح الميم ومبتداء للفظ «أبعد» بخلاف ما لو لم نظهره به، فانه كان حينئذٍ مجرور الميم بمعنى كونه حرف جرّ وارداً على لفظ «أبعد» فلا تغفل فالمعنى على الأوّل ان الرادّ قد يردّه عن المسافة المعيّنة وقد يردّه عن الأبعد منها وعلى الثاني أنّه قد يردّه من في المسافة وقد يردّه من هو أبعد منه فلا تغفل.

(٣ و٧) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٧ س ٣٤ ـ ٣٥.

(٤) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٢.

(٥) مسالك الأفهام: في أحكام الجعالة ج ١١ ص ١٧١.

(٨) إيضاح الفوائد: في الجعالة ج ٢ ص ١٦٤. (٩) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ٢٠٠.

والقول قول المالك مع اليمين في شرط أصل الجعل وشرطه في عبدٍ معيّن،

كما في «الإيضاح[١] وجامع المقاصد[٢]» لمكان انتفاء المجعول عليه، والوجه الآخر ينشأ من أنّه أمر بالردّ في الجملة فيستحقّ أُجرة المثل، وقد عرفت الحال.

[فيما لو اختلف المالك والعامل]

قوله: ﴿والقول قول المالك مع اليمين في شرط أصل الجعل، وشرطه في عبدٍ معيّن﴾ كما في «المبسوط[٣] والشرائع[٤] والتذكرة[٥] والتحرير[٦] والإرشاد[٧] والتبصرة[٨] والدروس[٩] واللمعة[١٠] وجامع المقاصد[١١] والمسالك[١٢] والروضة[١٣] ومجمع البرهان[١٤] والكفاية[١٥]» تمسّكاً بالأصل فيهما.

---

(١) إيضاح الفوائد: في الجعالة ج ٢ ص ١٦٤.
(٢) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ٢٠٠.
(٣) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٣٣.
(٤) شرائع الإسلام: في لواحق الجعالة ج ٣ ص ١٦٦.
(٥) تذكرة الفقهاء: في أحكام الجعالة ج ٢ ص ٢٨٩ س ٧.
(٦) تحرير الأحكام: في مسائل الجعالة ج ٤ ص ٤٤٤.
(٧) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣١.
(٨) تبصرة المتعلّمين: في الجعالة ص ١٠٢.
(٩) الدروس الشرعية: في أحكام الجعالة ج ٣ص ١٠٠ ـ ١٠١.
(١٠) اللمعة الدمشقية: في مسائل الجعالة ص ١٧٤.
(١١) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ٢٠١.
(١٢) مسالك الأفهام: في أحكام الجعالة ج ١١ ص ١٧١.
(١٣) الروضة البهية: في الجعالة ج ٤ ص ٤٥١.
(١٤) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٦٠.
(١٥) كفاية الأحكام: في الجعالة ج ٢ ص ٥١٦.

وسعي العامل في الردّ، بأن قال المالك: حصل العبد في يدك قبل الجعل تمسّكاً بالأصل.

ومعنى الأوّل أنّه جاءه بعبده أو ضالّته أو لقطته أو ثوبه مخيطاً وطالبه بالعوض فأنكر المالك شرط الجعالة وقال: لم أجعل لك شيئاً، فالقول قوله مع يمينه. ومعنى الثاني أنّ له عبدين آبقين فاختلفا في عين العبد الّذي شرط في ردّه العوض، فقال العامل: شرطت لي في العبد الّذي رددته، وقال المالك: بل شرطت لك في العبد الّذي لم تردّه، فالقول أيضاً قول المالك مع يمينه. ومثله ما لو قال المالك: شرطت لك العوض على ردهما معاً، فقال العامل: بل على أحدهما أو على هذا الحاضر، فيقدّم قول المالك لأصالة براءة ذمّته من المجموع. وهل يثبت للعامل قسط من ردّه من المجموع؟ يظهر من «التذكرة[1]» ذلك. وفيه: أنّ المجعول عليه المجموع لا الأبعاض. ومثله ما لو اتّفقا على وقوع الجعالة عليهما فردّ أحدهما كما يأتي[2].

قوله: ﴿وسعي العامل في الردّ، بأن قال المالك: حصل العبد في يدك قبل الجعل تمسّكاً بالأصل﴾ كما في الشرائع[3] والتذكرة[4] والتحرير[5] والإرشاد[6] والدروس[7] واللمعة[8] وجامع المقاصد[9] والمسالك[10] والروضة[11]» لأصل براءة ذمّته من حقّ الجعالة وأصل عدم تقدّم الجعل على حصوله في يده،

(١ و٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام الجعالة ج ٢ ص ٢٨٩ س ٩ ـ ١٠.

(٢) سيأتي في ص ٩١٦.

(٣) شرائع الإسلام: في لواحق الجعالة ج ٣ ص ١٦٦.

(٥) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٤.

(٦) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣١.

(٧) الدروس الشرعية: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ١٠٠.

(٨) اللمعة الدمشقية: في مسائل الجعالة ص ١٧٤.

(٩) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ٢٠١.

(١٠) مسالك الأفهام: في أحكام الجعالة ج ١١ ص ١٧٧.

(١١) الروضة البهية: في مسائل الجعالة ج ٤ ص ٤٥١.

ولو اختلفا في قدر الجعل أو جنسه تحالفا وثبت أقلّ الأمرين من الأُجرة والمدّعى، إلّا أن يزيد ما ادّعاه المالك على أُجرة المثل فتثبت الزيادة، ويحتمل تقديم قول المالك كالأصل.

وإن كان الأصل عدم تقدّم وصوله إلى يده على الجعل إلّا أنّه بتعارض الأصلين لا يثبت في ذمّة المالك شيء. ولك أن تقول: يعضد الأصل الثاني أصل عدم التبرّع، إلّا أنّ التعريف بظاهره يقطع ذلك ويقضي بما قالوا ـ وهذا منهم بناءً على ما تقدّم[1] ـ من أنّه إذا حصل في يده الآبق قبل الجعل لا يستحقّ عليه وإن ردّه لوجوبه عليه. وعلى ما تقدّم[2] نقله عن «التذكرة» من أنّه إذا حصل في يده قبل الجعل وتوقّف تسليمه على مؤنة وحصل الجعل وردّه استحقّ الجعل، لا يتمّ هذا الاختلاف لاستحقاقه على التقديرين. وكلام «جامع المقاصد[3]» فيما بناه على ما حكاه عن التذكرة غير محرّر إلّا أن يكون غلط في ثلاث نسخ.

وفي معنى حصوله في يده قبل الجعل حصوله بعده قبل علمه به وحصوله فيها من غير سعي مطلقاً، لانتفاء السعي ووجوب تسليمه حينئذٍ، وحكمهما يعلم ممّا ذكر في الكتاب. ولعلّه لذلك تطابقت الكتب الثمانية على عبارة الكتاب بأنّه ادّعى الحصول قبل الجعل وترك فيها ذِكر الحكمين.

وقال في «جامع المقاصد[4]» على ظاهر قول المصنّف «وسعي العامل»: لا حاجة إلى قوله «قبل الجعل» لأنّه إن كان له سعي فالمانع التبرّع لا عدم السعي، وإن لم يكن فلا فرق بين ما إذا كان قبل الجعل أو بعده. وقد عرفت المراد من العبارة وغيرها.

قوله: ﴿ولو اختلفا في قدر الجعل أو جنسه تحالفا وثبت أقلّ

(١ و ٢) تقدّما في ص ٨٨٨ ـ ٨٩٠.

(٣ و ٤) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ٢٠١.

الأمرين من الأُجرة والمدّعى، إلّا أن يزيد ما ادّعاه المالك على أُجرة المثل فتثبت الزيادة، ويحتمل تقديم قول المالك كالأصل﴾ قد اختلف الأصحاب فيما إذا اختلف العامل والمالك في قدر الجعل على خمسة أقوال كما في «المسالك[1] والكفاية[2]»:

الأوّل: إنّ القول قول المالك مع يمينه، فإذا حلف ثبتت أُجرة المثل. وهو خيرة الشيخ في «المبسوط[3] والخلاف[4]» والقاضي فيما حكي[5] عنه. وقال في «المبسوط»: إنّه الّذي يقتضيه مذهبنا. أمّا تقديم قوله فلأنّ الاختلاف في فعله فيقدّم فيه كما يقدّم في شرط أصل الجعالة، مع أنّه منكر بالنسبة إلى دعوى الزائد، والأصل براءة ذمّته. وأمّا ثبوت أُجرة المثل فلأنّ اليمين تنفي الزائد ولا يثبت ما يدّعيه، فتثبت أُجرة المثل، للاتّفاق على أنّ العمل بعوض ولم يثبت فيه مقدّر.

الثاني: إنّ القول قول المالك بيمينه لما ذكر لكن يثبت أقلّ الأمرين من أُجرة المثل وما يدّعيه العامل، لاعتراف العامل بعدم استحقاق الزيادة لو كان ما يدّعيه أقلّ من أُجرة المثل. وهو خيرة «الشرائع[6] والتذكرة[7] والتحرير[8] والإرشاد[9] والتبصرة[10] واللمعة[11]» ووجهه يظهر بأدنى تأمّل.

---

(١) مسالك الأفهام: في أحكام الجعالة ج ١١ ص ١٧٢ ـ ١٧٥.
(٢) كفاية الأحكام: في الجعالة ج ٢ ص ٥١٦.
(٣) المبسوط: في اللقطة ج ٣ ص ٣٣٢.
(٤) الخلاف: في حكم ردّ الآبق ج ٣ ص ٥٩٠ مسألة ١٨.
(٥) حكاه عنه فخر الإسلام في إيضاح الفوائد: في أحكام الجعالة ج ٢ ص ١٦٥.
(٦) شرائع الإسلام: في لواحق الجعالة ج ٣ ص ١٦٦.
(٧) تذكرة الفقهاء: في أحكام الجعالة ج ٢ ص ٢٨٩ س ٨ ـ ٩.
(٨) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٤.
(٩) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣١.
(١٠) تبصرة المتعلّمين: في الجعالة ص ١٠٢.
(١١) اللمعة الدمشقية: في مسائل الجعالة ص ١٧٤.

الثالث: إنّ القول قول المالك مع يمينه لكن يثبت حينئذٍ أقلّ الأمرين من أُجرة المثل وما يدّعيه العامل وأكثر الأمرين من أُجرة المثل وما يدّعيه المالك، ووجهه ظاهر أيضاً. وفائدة اليمين حينئذٍ نفي ما يدّعيه العامل فلا إشكال في فائدة اليمين على تقدير مساواة ما يعترف به المالك لأُجرة المثل أو زيادته عليها. وهو قول فخر الإسلام في «الإيضاح[1]».

الرابع: إنّهما يتحالفان، لأنّ كلّ واحدٍ مدّعٍ ومدّعى عليه، ولا ترجيح لأحدهما، فيحلف كلّ منهما على نفي ما يدّعيه الآخر. وهو خيرة «الكتاب وجامع المقاصد[2]» واعترض بأنّ العقد متّفق عليه، وإنّما الاختلاف في زيادة العوض ونقصانه، فكان كالاختلاف في قدر الثمن في المبيع وقدر الأُجرة في الإجارة. والقدر الّذي يدّعيه المالك متّفق على ثبوته منهما وإنّما الخلاف في الزائد، فيقدّم قول منكره، وقاعدة التحالف أن لا يجتمعا على شيء، بل يكون كلّ منهما منكراً لجميع ما يدّعيه الآخر، ثمّ على تقدير التحالف يثبت ما ذكر في الكتاب.

الخامس: إنّه يقدّم قول المالك والثابت بيمينه ما يدّعيه لا غيره. وهو قول الشيخ نجيب الدين ابن نما[3]. وفي «الدروس[4] واللمعة[5] والمسالك[6] والروضة[7]» أنّه قويّ، لأصالة عدم الزائد مع أصل البراءة واتّفاقهما على العقد المشخّص بالأُجرة وانحصارها في دعواهما، فإذا حلف المالك على نفي ما يدّعيه العامل ثبت مدّعاه لقضيّة الحصر.

---

(١) إيضاح الفوائد: في أحكام الجعالة ج ٢ ص ١٦٥.
(٢) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ٢٠٢.
(٣) لا يوجد لدينا كتابه، لكن نقل عنه الشهيد في الدروس الشرعية: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ١٠٠.
(٤) الدروس الشرعية: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ١٠٠.
(٥) اللمعة الدمشقية: في مسائل الجعالة ص ١٧٤.
(٦) مسالك الأفهام: في أحكام الجعالة ج ١١ ص ١٧٤ ـ ١٧٥.
(٧) الروضة البهية: في الجعالة ج ٤ ص ٤٥٢.

والّذي يخطر بالبال أنّه يمكن أن يقال: إنّه يمكن الجمع بين الأقوال حتّى ترجع إلى قولين لا غير: التحالف وقول ابن نما، لأنّا نقول: إنّ الأوّل يرجع إلى الثاني، لأنّ القائل بثبوت أُجرة المثل من المعلوم أنّه يقول: إنّ ذلك إنّما هو فيما إذا لم يكن ما يدّعيه العامل أقلّ من أُجرة المثل، وإلّا فلا يستحقّها، لاعترافه بعدم استحقاق ما زاد وبراءة المالك منها، فكيف تثبت له أُجرة المثل وهو ينفيها عن نفسه. فكان مبنى القول الأوّل على الغالب في أحوال الناس من أنّه يدّعي الزيادة كما هو واضح، والقول الثاني يرجع إلى الثالث، لأنّه من المعلوم أنّه إذا كان ما يدّعيه المالك أكثر من أُجرة المثل فهو يعترف بأنّ ذلك ثابت في ذمّته للعامل، والعامل لا ينكره، فقد ثبت باتّفاقهما. فالقائل بأقلّ الأمرين من أُجرة المثل وما يدّعيه العامل قائل قطعاً بأكثر الأمرين من أُجرة المثل وما يدّعيه المالك، وإنّما جرى في ذلك على الغالب، وإلّا فكيف ينفي ما اتّفقا عليه؟ وهو واضح أيضاً. والثالث يرجع إلى الرابع، لأنّ كلّ من قال بثبوت أقلّ الأمرين لابدّ له وأن يقول بالتحالف إذا لم يرض المالك بإعطاء أُجرة المثل.

بيان ذلك: أنّه إذا ادّعى العامل على المالك أنّه جعل له مائة فقال المالك: جعلت لك خمسين لا غير، فمن قال: إنّه يثبت للعامل بيمين المالك أقلّ الأمرين لابدّ وأن يقول: إنّه إذا حلف أنّه لم يجعل له مائة لا يثبت للعامل أُجرة المثل لو كانت ستّين بمجرّد يمين المالك، إذ لعلّه صادق في دعواه أنّه خمسون. ولعلّه إذا عرض عليه الحلف يقرّ أو ينكل، فلابدّ له أن يقول: إنّه إذا طلب المالك حلف العامل على أنّه ليس خمسين أُجيب إليه، فإذا حلف رجع إلى الستّين الّتي هي أُجرة المثل، لكن لمّا كان ذلك إلى المالك فإذا كان باذلاً أُجرة المثل وغرضه التخلّص من المائة صحّ لهم أن يقولوا ذلك، وأمّا إذا كان غير باذل ولا راضٍ بذلك إلّا بحلف العامل على نفي الخمسين فإنّه يحلفه، فترك الجماعة له لظهوره

ولم يقولوا: إنّه يجب عليه دفع أُجرة المثل قهراً أو حتماً، وإلّا فلو كان ما يدّعيه العامل أقلّ من أُجرة المثل لا معنى لحلف المالك أيضاً على الأقوال الأربعة فضلاً عن التحالف، كأن تكون أُجرة المثل في المثال مائة وخمسين، فكيف يكلّف المالك الحلف على نفي المائة، فالمدار في كلامهم على الغالب.

ويمكن توجيه هذا بأن يقال: إنّ المالك يريد أن يثبت ما ادّعاه من أنّ المبذول خمسون، فإذا حلف على نفي المائة وعرض الحلف على العامل على نفي الخمسين فلعلّه يمتنع ويقرّ بأنّها إنما هي خمسون لا غير، فإذا حلف على نفي الخمسين ثبت له أُجرة المثل مائة وخمسون، لكن لمّا اعترف بأنّها مائة لم يصحّ له المطالبة بالمائة والخمسين.

فإن قلت: إذا زاد ما ادّعاه المالك عن أُجرة المثل وحلف على نفي الزائد الّذي يدّعيه العامل فلا معنى لحلف العامل على نفي ما يدّعيه المالك. قلت: قد عرفت أنّ البناء في ذلك على الغالب فلا يحتاج إلى الحلف، أو أنّ فائدته أنّه لو دفع له ذلك قبل التحالف لم يكن دفعه على طريق المؤاخذة له بظاهر إقراره فقط، لأنّ المالك يدّعي أنّ هذا المقدار هو المسمّى بالتسمية وبعد التحالف يتمحّض الزائد لكونه مستحقاً بمجرّد الإقرار والمؤاخذة، وبعد هذا فكلّ منهما مكلّف فيما بينه وبين الله عزّ وجلّ.

وكيف كان، فقد بان الوجه في التحالف وأنّ المدار فيه على رضا المالك وعدمه، بل يمكن إجراؤه على قاعدة التحالف، ولهذا صوّرنا صورة الاختلاف فيما إذا قال: جعلت كذا، فقال: بل جعلت كذا، حتّى يكون العقد الّذي تشخّص بالعوض الّذي يدّعيه المالك غير العقد الّذي تشخّص بما يدّعيه العامل، فكان الاختلاف فيه كالاختلاف في الجنس، فليتأمّل جيّداً. أمّا إذا كانت صورة الاختلاف بينهما: أنّي استحقّ عليك كذا بسبب الفعل الفلاني، فقال المالك: بل كذا فإنّه يحلف لنفي الزائد ولا يمين من

طرف العامل، فعلى ما صوّرناه يتعيّن التحالف إذا لم يرض المالك وتثبت أُجرة المثل، وعلى الصورة الثانية يتعيّن قول ابن نما[١] ويرتفع الخلاف بالكلّية، لكن في الفرق بين الصورتين نظراً ظاهراً، ولم يتّضح لنا الفرق بين ما نحن فيه وبين الاختلاف في قدر الثمن في المبيع والأُجرة في الإجارة، وتمام الكلام في الإجارة.

وقال مولانا المقدّس الأردبيلي[٢]: إنّ العامل إذا ادّعى أُجرة معيّنة وحلف المالك سقط حقّ العامل في الدنيا، فلا وجه في إثبات أُجرة المثل قبل التحالف ولا بعده، قال: لكن كلامهم يقتضي أُجرة المثل، فالوجه غير ظاهر، وقد عرفت ما وجّهناه به.

هذا. ولم يفرّق بين الاختلاف في القدر والاختلاف في الجنس في «الشرائع[٣] والتحرير[٤] والإرشاد[٥]» وكذا «الإيضاح[٦]» وليس للجنس ذِكر في «الخلاف والمبسوط». فنسبة القول فيه بتقديم قول المالك إلى الشيخ كما في «المسالك[٧]» لعلّها في غير محلّها.

وقد قوّى في «الدروس[٨]» التحالف مع الاختلاف في الجنس. وفي «الروضة[٩]» أنّه متعيّن وإن تساويا قيمة. وفي «المسالك[١٠]» أنّه الأصحّ وتثبت أُجرة المثل كأن قال العامل: جعلت لي ديناراً أو ثوباً فقال المالك: بل درهماً أو كتاباً، لأنّ كلاً منهما منكر لما يدّعيه الآخر، وليس هناك قدر يتّفقان عليه، ويختلفان فيما زاد عليه، بل

---

(١) تقدّم في ص ٩١٢ وهو القول الخامس في المسألة.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: في أحكام الجعالة ج ١٠ ص ١٦٢.
(٣) شرائع الإسلام: في لواحق الجعالة ج ٣ ص ١٦٦.
(٤) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٤.
(٥) إرشاد الأذهان: في الجعالة ج ١ ص ٤٣١.
(٦) إيضاح الفوائد: في الجعالة ج ٢ ص ١٦٥.
(٧ و ١٠) مسالك الأفهام: في أحكام الجعالة ج ١١ ص ١٧٦.
(٨) الدروس الشرعية: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ١٠١.
(٩) الروضة البهية: في الجعالة ج ٤ ص ٤٥٣.

ولو قال: «جعلت للردّ من بغداد» فقال العامل: «بل من البصرة» قُدّم قول المالك. ولو قال: «من ردّ عبديّ فله دينار» فردّ أحدهما استحقّ نصف الجعل إن تساوى الفعلان،

مجموع ما يدّعيه أحدهما ينكره الآخر. وهي قاعدة التحالف.

فعلى ما في الكتاب يُنظر إلى قيمة الجنس وأُجرة المثل ويُعطى أقلّ الأمرين إلّا أن تكون أُجرة المثل أقلّ ممّا ادّعاه الجاعل أو مساوية مع كونها أقلّ ممّا يدّعيه العامل، فيثبت ذلك له، ويجب على الجاعل إعطاؤها، ولم يجز للعامل طلبها منه، ولكن كيف يتصرّف الجاعل فيما ادّعى أنّه الأُجرة؟ وكذا العامل في أُجرة المثل مع اعتقاده أنّه يستحقّ العين؟ إلّا أن تقول: قد وقع الرضا منهما بعد التحالف بأخذ هذا بدل حقّه زاد أو نقص، ويجيء على قول ابن نما تعيين ما عيّنه المالك، فليتأمّل.

قوله: ﴿ولو قال: «جعلت للردّ من بغداد» فقال العامل: «بل من البصرة» قُدّم قول المالك﴾ كما في «الدروس [1] وجامع المقاصد [2]» لأنّ الأصل براءة الذمّة من وجوب الجعل ويعتضد بأصل عدم ما يدّعيه العامل.

قوله: ﴿ولو قال: «مَن ردّ عبديّ فله دينار» فردّ أحدهما استحقّ نصف الجعل إن تساوى الفعلان﴾ كما في «التذكرة [3] وجامع المقاصد [4]» لأنّ أجزاء الجعل يقابل أجزاء العمل، وإلّا يتساوى الفعلان فبالنسبة. وقد ترك القيد في «التحرير [5]» كما تركه بعض الشافعيّة [6]. ولا تغفل عما تقدّم [7] لنا من التأمّل في ذلك.

---

(١) الدروس الشرعية: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ١٠٠ ـ ١٠١.

(٢ و ٤) جامع المقاصد: في أحكام الجعالة ج ٦ ص ٢٠٤.

(٣) تذكرة الفقهاء: في أركان الجعالة ج ٢ ص ٢٨٧ س ٣٥.

(٥) تحرير الأحكام: في الجعالة ج ٤ ص ٤٤٤.

(٦) المجموع: في الجعالة ج ١٥ ص ١١٤.

(٧) تقدّم في ص ٢٠٠.

فـروع

الأوّل: قال في «التذكرة»: الأقوى أنّ يد العامل على ما يحصل في يده إلى أن يردّه يد أمانة، ولم أقف فيه على شيء لكنّ النظر يقتضي ذلك، لأصالة البـراءة [١]. وقال في «الدروس»: إنّ خبر السكوني وغياث يدلّان عليه، والخبر السالف في اللقطة فيه تفصيل [٢]. قلت: هي أمانة مالكيّة كما تقدّم في باب الوديعة [٣].

الثاني: قال في «التذكرة»: لو قال: إن علّمت ولدي أو علّمتني فلك كذا فعلّمه البعض وامتنع من تعليم الباقي فلا شيء له على إشكال، وكذا لو كان الصبيّ بليداً لايتعلّم على إشكال، كما لو طلب العبد فلم يجده. قال: أمّا لو مات الصبيّ في أثناء التعليم فإنّه يستحقّ أجرة ما علّمه لوقوعه مسلّماً بالتعليم، بخلاف ردّ الآبق فإنّ تسليم العمل بتسليم الآبق، وهنا ليس عليه تسليم الصبيّ ولا هو في يده. ولو منعه أبوه فللمعلّم أجرة المثل لما علّم [٤].

الثالث: لو قال: إن خطت لي هذا القميص فلك درهم فخاط بعضه، فإن تلف في يد الخياط لم يستحقّ شيئاً، وإن تلف في يد ربّ الثوب بعد ما سلّمه إليه استحقّ من الأُجرة بنسبة ما عمل، قال في «جامع المقاصد»: وفي الفرق في هذه المسألة ومسألة التعليم نظر [٥]. قلت: هذه الفروع لا تخلو من نظر يظهر ممّا تقدّم في أوّل المطلب الثاني.

الرابع: قال في «الدروس»: مؤنة الدابّة والعبد على المالك على الأقوى [٦].

---

(١) تذكرة الفقهاء: في أحكام الجعالة ج ٢ ص ٢٨٩ س ١٤.
(٢ و٦) الدروس الشرعية: في أحكام الجعالة ج ٣ ص ١٠٠.
(٣) تقدّم في أوّل الوديعة ص ١٩٢ ـ ١٩٨.
(٤) تذكرة الفقهاء: في أحكام الجعالة ج ٢ ص ٢٨٩ س ١٤ والسطر الأخير.
(٥) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ٢٠٥.

ولو مات الجاعل بعد الردّ أُخذ الجعل من التركة، ولو مات قبله فإن لم يكن العامل قد عمل بطلت، وكذا إن كان قد عمل، لكن يؤخذ من التركة بنسبة عمله.

وقال في «جامع المقاصد[1]»: وكذا ما يلزم القماش ونحوه ممّا هو كالنفقة، كالثمغاء[2] الّتي إن لم يبذلها ذهب المال أو بعضه الّذي هو أزيد من المطلوب على المالك، لأنّه ملكه، ويد العامل كيد الوكيل.

[فيما لو مات الجاعل قبل الردّ أو بعده]

قوله: ﴿ولو مات الجاعل بعد الردّ أُخذ الجعل من التركة﴾ كما هو واضح.

قوله: ﴿ولو مات قبله فإن لم يكن العامل قد عمل بطلت﴾ كما هو واضح أيضاً، لأنّ العقود الجائزة تبطل بالموت.

قوله: ﴿وكذا إن كان قد عمل، لكن يؤخذ من التركة بنسبة عمله﴾ لأنّ الفسخ ليس باختياره وما أدخل النقص على نفسه، فله أُجرة ما عمل بالنسبة. أمّا لو فعل بعد موت الجاعل فهو متبرّع، والظاهر أنّ له الأُجرة مع عدم علمه بموته وعلم الوارث بالجعالة، على أنّه لم يذهب على المالك والوارث شيء، لأنّ المفروض أنّ لعمله عوضاً.

والحمد لله حمداً كثيراً كما هو أهله، والشكر لله والشكر طولَهُ، وصلّى الله على خير خلقه محمّدٍ وآله الطاهرين.

---

(١) جامع المقاصد: في الجعالة ج ٦ ص ٢٠٥.

(٢) ثَمَغَ رأسه بالحِنّاء والخَلوف يثمَغُه: غمسه فأكثر. (لسان العرب: ج ٢ ص ١٢٧).

فهرس الموضوعات

بقيّة كتاب الدَين و توابعه

كتاب الأمانات وتوابعها